Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Neun und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1827.

Schluß

des Libri XXVI. Tit. II.

De testamentaria tutela.

§. 1308. a.

Besondere Auslegungsregeln bey der testamentarischen Vormundschaft.

Noch finden einige besondere Auslegungsregeln über die testamentarische Vormundschaftsbestellung statt [11]). Es sind folgende.

1) Unter der Benennung der Kinder (liberi) sind auch die Enkel, Urenkel, und alle übrigen Descendenten begriffen. Callistratus sagt *L.* 220. *D. de Verb. Signif.* LIBERORUM appellatione *nepotes* et *pronepotes, cetérique, qui ex his descendunt*, continentur: hos enim omnes SUORUM appellatione lex duodecim tabularum comprehendit. Callistratus handelte zwar *libro secundo Quaestionum* von dem Verbote der Ehe mit dem Vormunde oder dessen Sohne, und seiner Pupillin, wie aus *L.* 64. *D. de ritu nuptiar.* erhellet [12]). Allein daß

11) MONTANUS de iure tutelar. Cap. 12.

12) S. GOEDDAEUS in Commentar. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Signif. ad L. 220. pag. 1165.

die Erklärung der Benennung von **Kindern** auch auf testamentarische Vormundschaften anzuwenden sey, hat theils wegen der nahen Verbindung, in welcher Erbschaft und Tutel stehen, und der hier vorauszusetzenden Eigenschaft der Kinder, als sui heredes vom Vater, keinen Zweifel, theils bestätiget dieses auch eine Stelle der Institutionen, §. 5. *I. Qui testam. tutores dari poss.* wo **Justinian** sagt: Quod si *nepotes* sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, *si modo* LIBEROS dixit. Eben dieses sagt mit denselben Worten **Ulpian**, aus dessen *libro XXXIX. ad Sabinum* [13]) die Stelle der Institutionen genommen ist.

2) Unter der Benennung von **Söhnen** sind zwar auch **Töchter**, aber in der Regel nicht die **Enkel** begriffen. Das Erstere lehrt **Ulpian** *libro eodem*, oder *L.* 16. *D. h. t.* Si quis ita dederit, *filiis meis tutorem do*, in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur: FILIORUM *enim appellatione et* FILIAE *continentur* [14]). Das Letztere ebenfalls **Ulpian** *L.* 6. *D. h. t.* Ceterum si FILIOS, non continebuntur (sc. *nepotes*): aliter enim FILII, aliter

13) *L.* 6. *D. h. t.*

14) *L.* 195. *pr. D. de Verb. Signif.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Es war dieses zwar unter den ältern Röm. Rechtsgelehrten streitig, wie aus *L.* 116. *D. de Verb. Signif.* erhellet. **Labeo** war anderer Meinung; allein die Meinung des **Proculus**, der mehr mentem testantis, als verborum figuram berücksichtigte, erhielt den Vorzug. S. *Jos.* AVERANIUS Interpretation. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 3. pag. 15. (edit. *Lugd.* 1751. 4.)

NEPOTES appellantur. Eben dieses wiederholt Justinian wörtlich §. 5. I. *Qui testamento tutor dari poss.* Doch kann zuweilen die Willensmeinung des Vaters ein Anders erheischen. FILII enim appellatione saepe et *nepotes* accipi, multifariam placere, sagt Callistratus *L.* 220. §. 1. *D. de Verb. Signif.* und fügt hinzu: Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios [15]), qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, FILIORUM appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri [16]): nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam *filii*, appellare: etenim idcirco filios filiasve concepimus, atque edimus, ut ex prole eorum, earumve, diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus. Es bleibt also bey der Bestimmung Ulpians, vorausgesetzt, daß der Testirer wirklich unmündige Söhne, und von Söhnen, die schon vor ihm gestorben, oder emancipirt waren, Enkel in seiner väterlichen Gewalt hinterlassen habe. Denn hat der Testirer seinen Söhnen Tutoren bestellt, und keine unmündigen Söhne, sondern blos Enkel von zuvor verstorbenen oder emancipirten Söhnen in seiner Gewalt hinterlassen; so ist anzunehmen, daß der Vormund für diese Enkel ernannt worden sey, und es findet daher der Ausspruch Ulpians in diesem Falle keine Anwendung. Sind hingegen unmündige Söhne da, für die

15) *Parentes pios*, geht auf das vorhergehende nos, wie POTHIER Pandect. Justinear. Tom. III. Tit. de Verbor. Signif. Nr. 98. Not. i. pag. 659. diese Stelle erklärt.

16) Die Gebauerische Ausgabe liest hier, von der Taurellischen abweichend, ganz unrichtig *continere*. S. *Andr. Guil.* CRAMER de verborum Significat. (*Kiliae* 1811. 8.) p. 111.

der Testirer ausdrücklich nur den Vormund bestellt hat; so muß man annehmen, daß er in Ansehung der Enkel die gesetzliche Tutel habe wollen eintreten lassen [17]). Die Ausnahme, nisi voluntas testatoris aliter se habeat, welche nach Callistratus zu machen ist [18]), dürfte jedoch wohl aus dem von diesem Rechtsgelehrten selbst angeführten letztern Grunde in den meisten Fällen für die Enkel sprechen. Daher sagt auch Julian *libro LXXXI. Digestorum* [19]). Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione FILII, sicuti *filiamfamilias* contineri saepe respondimus, ita et *nepos* videatur comprehendi.

3) Unter den Töchtern aber, für welche der Testator Vormünder bestellt hat, können die Söhne nie begriffen werden, wie Pomponius *libro octavo ad Quintum Mucium* [20]) sagt:

Si ita scriptum esset: FILIIS MEIS HOSCE TUTORES DO: responsum est, etiam *filiabus* tutores datos esse: quod non est ex contrario accipiendum, ut *filiarum* nomine etiam masculi continean-

17) S. *Pet.* FABER Semestrium Lib. III. cap. 24. und *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VIII. Th. 2. lit. C.

18) S. *Hug.* DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 4. §. 25—27. pag. 36—38.

19) *L.* 201. *D. de Verbor. Signif.* Man vergleiche *Jo.* GOEDDAEI Comm. repetit. praelect. in Tit. XVI. Lib. L. Pand. ad L. 84. D. de Verbor. Signif. pag. 711. sqq. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Superioribus.*

20) *L.* 45. *pr. D. de legat. I.* (XXX.) *Ger.* NOODT Comm. h. t. §. *Sic: si.* pag. 543.

tur. Exemplo enim pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri.

4) Hat der Vater seinen Söhnen oder Töchtern Tutoren gegeben, so sind darunter auch die nachgebohrnen Kinder, (postumi vel postumae) begriffen. Justinian sagt §. 5. *J. Qui testamento tutores dari poss.*

Si quis *filiabus* suis, vel *filiis* tutores dederit, etiam *postumae*, vel *postumo* dedisse videtur: quia filii, vel filiae appellatione, postumus, vel postuma continetur.

Eben dieses bestätigt Ulpian *libro XV. ad Sabinum*[21]), wo er sagt: Nomen *filiarum* et in *postumam* cadere, quaestionis non est. Mit Recht sagt Ulpian, es könne davon gar keine Frage seyn, weil ja das noch ungebohrne Kind für schon gebohren gehalten wird, wo es auf dessen Vortheil ankommt[22]). Endlich

5) hätte der Vater in seinem Testament gesagt: den Titius ernenne ich zum Vormund meines unmündigen Sohnes, es wären aber mehrere unmündige Kinder da, und wegen dieser nichts besonders verordnet, so gilt die Ernennung des Vormundes für sämmtliche Kinder.

L. 16. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXIX. ad Sabinum.* Si quis *filio* tutorem dederit, et *plu-*

21) *L.* 5. *D. h. t.* Man verbinde damit die *L.* 164. *pr. D. de Verb. Signif.* welche auch aus Ulpiani *libro XV. ad Sabinum.* genommen ist. S. Goeddaeus ad h. L. 164. und *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. §. 175.

22) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 4. §. 25.

res filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? Et de hoc POMPONIUS dubitat: magis autem est, *ut* OMNIBUS *dedisse videatur.*

§. 1309.

In wiefern kann der Großvater für seine Enkel einen testamentarischen Tutor bestellen? Erklärung der *L.* 10. §. 2. *D. h. t.*

Den Enkeln kann der Großvater nur dann einen testamentarischen Vormund bestellen, wenn sie nicht nur in seiner Gewalt sich befinden, sondern auch nach seinem Tode sui iuris werden. Dieses Recht befolgten die Römer so streng, daß es, nach einem Rescript der Divi Fratres, wie Ulpian *L.* 2. *D. h. t.* berichtet, nicht einmal einem Soldaten erlaubt war, Enkeln einen testamentarischen Tutor zu ernennen, welche nach seinem Tode in die Potestas ihres Vaters fallen würden[23]. Papinian sagt *L.* 40. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: *filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur*[24]. Hat also der Vater einen Sohn, und von diesem einen Enkel in seiner väterlichen Gewalt; so kann der Großvater dem Enkel keinen Vormund bestellen, wenn desselben Vater zu der Zeit, da der Großvater starb, noch in desselben Gewalt war, weil hier der Enkel, nach dem Tode des Großvaters, in die Potestas

23) S. *Ant.* FABRI Jurisprud. Papinianeae Scientia Tit. XII. Princ. I. Illat. 28. pag. 710.

24) Man vergleiche auch die *L.* 28. *D. de testam. militis.*

seines Vaters fällt, und überdem auch kein suus heres vom Großvater ist [25]), weil ihm der Vater vorgeht [26]). Ein anders wäre, wenn der Sohn bey Lebzeiten seins Vaters aufgehört hätte in väterlicher Gewalt, und als suus heres zu seyn z. B. durch den Tod oder durch Emancipation. Hier kann der Großvater dem Enkel einen testamentarischen Vormund gültig ernennen, weil er nach dem Tode des Großvaters suus heres und sui iuris ist [27]). Einen Fall giebt es jedoch, wo der Großvater seinem Enkel gültig einen Vormund bestellen kann, wenn auch desselben Vater zur Zeit der Errichtung des großväterlichen Testaments noch am Leben, und in der väterlichen Gewalt ist. Diesen Fall führt Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* an, woraus die *L.* 10. *D. h. t.* genommen ist. In dieser Gesetzstelle heißt es §. 2.

Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem, an aliquo casu non [28]) sit utilis datio? utputa si proponas, filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo: et fortius dicendum est, *tutelam quoque e lege Junia Velleia confirma-*

25) §. 3. *J. de tutelis.*

26) *L.* 73. §. 1. *D. de Regul. iuris* und §. 2. *J. de hered. qualitate et diff.*

27) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

28) In einigen editionib. vulgat. z. B. in der des *Guil.* Merlinus, Paris 1559. f. ist das non weggelassen. Allein mit Recht giebt *Ant.* Muretus Observationum iuris lib. sing. cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 142. sq.) der florentinischen Lesart den Vorzug.

iam[29]). Nam et POMPONIUS *libro sextodecimo ex Sabino* scripsit, valere tutoris dationem. *Cum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta, quod valet, id est*[30]), *ubi nepos vel heres institutus sit, vel nominatim exheredatus sit.*

Die *lex Junia Velleia*, deren hier gedacht wird, ein Volksschluß unter August, wahrscheinlich vom J. der E. R. 763, unter welchem Lucius Junius Silanus und Gajus Vellejus Tutor in den fastis[31]) als Consules suffecti aufgeführt werden, von denen das Gesetz seinen Namen hat[32]); diese Lex erlaubt die Einsetzung der Enkel, welche zwar zur Zeit des errichteten großväterlichen Testaments schon gebohren, aber noch keine sui heredes waren, weil damals ihr Vater noch lebte, der selbst noch in der väterlichen Gewalt des Testirers war. Hörte nun dieser noch beym Leben des Testirers auf suus heres zu

29) Die Lesart confirmatum bey Taurellius und Gebauer ist wohl unstreitig unrichtig.

30) Haloander liest statt id est, IDEM *est*, und schließt diese Worte mit den übrigen bis *nominatim exheredatus sit*, in eine Parenthese ein. Dieser Lesart haben auch MURETUS c. l. pag. 144. in fin. und *Jac.* OISELIUS ad *Gaii* Institution. Lib. I. Tit. 7. §. 2. Not. 14. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 64.) Beyfall gegeben. Allein *Andr.* ALCIATUS Dispunctionum libr. I. cap. 20. und *Ant.* SCHULTING c. l. haben sie mit Recht verworfen.

31) S. *Th. Jans. ab* ALMELOVEEN Fasti Rom. Consular. pag. 111.

32) S. *Car. God.* WINCKLER Disp. de Lege Junia Velleia. *Lips.* 1745. §. 2.

seyn, weil er starb; so traten nun die Enkel von diesem Sohne des Testirers in die Stelle ihres Vaters ein, und wurden gleichsam als postumi angesehen, welche durch eine quasi adgnatio die Rechte der suorum heredum erlangten [33]. So wie nun wahre postumi durch ihre Adgnation das väterliche Testament rumpiren, so rumpirten gleichfalls solche Enkel, welche quasi adgnascendo sui heredes vom Großvater geworden waren, das Testament desselben. Um also diese Entkräftung des großväterlichen Testaments, welche nach dem ältern Rechte auch nicht einmal durch Einsetzung der Enkel verhindert werden konnte [34], zu verhüten, verordnete die Lex Junia Velleia, daß wenn der Testirer einen Sohn, und von diesem Sohne einen oder mehrere Enkel in seiner väterlichen Gewalt hätte, er nicht blos seinen Sohn zum Erben einsetzen, oder namentlich enterben müsse, wenn das Testament gültig seyn solle, sondern auch die Enkel von demselben auf den Fall, daß ihr Vater, des Testirers Sohn, bey Lebzeiten des Großvaters sterben, oder sonst suus heres zu seyn aufhören, und die Enkel durch Eintreten in die Stelle ihres Vaters die Rechte der suorum heredum erlangen würden, entweder zu Erben einsetzen oder enterben solle [33]. Auf solche Art bleibt das Testament, der quasi adgnatio ungeachtet, gültig, und so kann denn auch solchen Enkeln auf diesen Fall ein testamentarischer

33) Gajus *Institut. Commentar. II.* §. 133. §. 2. *J. de exheredat. liberor. L.* 13. *D. de iniusto rupt. et irr. testam.*

34) S. *Ant* Schulting l. c. Not. 14. pag. 65. und besonders Winckler in Disp. cit. §. XVI.

35) *L.* 29. §. 13. *et* 14. *D. de liberis et postum.* Winckler cit. Disp. §. XV.

Vormund gültig bestellt werden. Von der Tutel sprach zwar die lex Junia Velleia ausdrücklich nicht, allein durch Interpretation leiteten die Römischen Rechtsgelehrten daraus die ganz richtige Schlußfolge ab, daß wenn das Testament vermöge dieses Gesetzes gültig bleibe, auch die Ernennung des testamentarischen Vormundes gültig seyn müsse [36]). Daher beruft sich Ulpian auf die Auctorität des Pomponius.

36) S. Schulting c. l. pag. 65. und Winckler cit. Disp. §. XVIII.

Lib. XXVI. Tit. III.

De confirmando tutore.

§. 1310.

Was ist confirmatio tutoris, und wenn ist sie nöthig? Erklärung der *L. 4. C. de test. tut.*

Testamentarische Tutoren, welche auf eine gesetzmäßige Art ernannt worden sind, bedürfen nach dem Röm. Rechte keiner obrigkeitlichen Bestätigung, weil das Gesetz der XII. Tafeln sie bestätiget [37]. Testamento nominatim tutores dati, sagt Ulpian [38], *confirmantur eadem lege duodecim tabularum*, his verbis; UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO. Was nun zu einer gesetzmäßigen testamentarischen Vormundschaftsbestellung erfordert werde, ist in dem vorigen Titel (§. 1305.) ausgeführt worden. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Ernennung des testamentarischen Tutors ungültig. Die Constitutionen erlauben jedoch den Obrigkeiten, denen die Gesetze das Recht geben, Vormünder zu bestellen, den Mangel, der sich bey der Ernennung eines testamentarischen Vormundes findet, nach

37) *L. 7. L. 9. D. de testam. tut.* S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. et Interpret. iuris Decad. III. Err. 10.

38) *Fragm. Tit. XI.* §. 14.

dem Willen des Testirers, durch ihr Ansehen zu ergänzen. Diese Ergänzung wird hier *confirmatio tutoris* [39]), und die testamentarische Tutel, die einer solchen obrigkeitlichen Bestätigung bedarf, eine unvollkommen bestellte, tutela testamentaria imperfecta, genennt. Modestinus giebt in einer aus desselben *libro VI. Excusationum* genommenen griechischen Stelle, es ist die *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.* die Confirmationsfälle, nach der richtigeren lateinischen Uebersetzung des Anton Augustinus [40]) folgendermassen an.

Si vero ea persona sit, *quae dare non potest*, mater puta, vel patronus, vel extraneus quivis: aut ei, *cui datur*, *dari non possit*, ut a patre filio, vel filiae, qui non sint in potestate: aut si scriptum sit: *Rogo te, ut illas res cures*, aut *codicillis non confirmatis* tutor aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, *quod deest, consulari potestate* [41]) *suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari.*

39) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 29. Libri V. de confirm. tutore. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm. tut. pag 532—544. *Ger.* Noodt Comment. ad hunc tit. Digestor. (*Opp.* Tom. II. pag. 543 — 545.) und *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de differentiis iuris Romani et German. cumprimis Lubecensis in confirmandis tutoribus. *Goett.* 1748. 4.

40) Ad Modestinum sive de Excusationibus. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1560.)

41) Der Kaiser Claudius hatte nämlich den Consuln die Macht ertheilt, den Pupillen extra ordinem, wie Suetonius *in Claudio* cap. 23. erzählt, Vormünder zu

Modestin hat die hier angeführten einzelnen Confirmationsfälle, *libro IV. Excusationum*, woraus die *L.* 13. §. 12. *D. de excusation.* genommen ist, in folgenden allgemeinen Satz zusammengefaßt:

Qui non legitime tutores dati sunt, hoc est, *a quibus non oportet, aut hi, quos non oportet, aut his, quibus non oportet, aut quo modo non oportet,* si neque confirmabuntur, neque suscipient administrationem, immunes sunt.

Nach diesen Gesetzstellen ist also die testamentarische Tutel nicht gültig bestellt worden, und bedarf einer Bestätigung,

1) wenn der Testirer nicht das Recht hatte, einen testamentarischen Tutor zu ernennen. Dahin gehört a) wenn die Mutter ihrem Kinde oder ein mütterlicher Ascendent einem Enkel von seiner Tochter einen Vormund für dieselben in ihrem Testamente bestellt haben. Denn das Kind ist nicht in ihrer Potestas, es fehlt also an dem Grunde

geben. §. 3. *J. de Atilian. tut.* Ein Beyspiel von einer consularischen Ernennung kommt unter Trajan vor. Plinius *Lib. IX. Epist.* 13. S. *Jo. Christ.* Franck Commentat. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. (*Viteb.* 1770.) Cap. 5. Hiermit scheint zusammenzuhängen, was Modestin von der Consularischen Potestas sagt. Da indessen weder Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 18. sqq. noch Gajus *Instit.* Lib. I. §. 185. sqq. der Consuln weiter gedenkt, die ohnehin nur extra ordinem, und *ex inquisitione* (§. 3. *J. de Atil. tut.*) welche nicht einmal bey jeder Confirmation vorkam, Vormünder bestellen konnten: so kann durch die Consularis potestas auch wohl nur überhaupt die obrigkeitliche Gewalt haben angedeutet werden sollen, wie es auch *Jos.* Finistres *et de* Monsalvo in Hermogeniano pag. 534. versteht.

der testamentarischen Tutel. Ein solcher Vormund wird jedoch nur dann bestätiget, wenn das Kind zugleich zum Erben eingesetzt ist.

L. 4. *D. de testam. tut.* MODESTINUS *libro VII. Differentiarum.* Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare potest: MATER autem *non nisi instituto*, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 2. *D. de confirm. tut.* NERATIUS *libro tertio Regularum.* MULIER *liberis non recte testamento tutorem dat*: sed si dederit, *decreto* Praetoris *vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur*, nec satisdabit pupillo rem salvam fore. Sed etsi curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

L. 69. §. 2. *D. de legat. XXXI.* PAPINIANUS *libro XIX. Quaestionum.* MATER, *filio impubere herede instituto*, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, ut si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, *quia*[42]) *tutorem dare mater*

42) *Quia* steht hier für licet, oder quamvis, wie es auch in den *Basilicis* Tom. V. pag. 808. Const. 69. durch εἰ καὶ

non potest: nam et si pater non iure facto testamento tutoris fidei commiserit, aeque praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset. Sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur [43]).

L. 4. *Cod. de testam. tut.* (V. 28.) Imp. ALEXANDER A. Felicianae. MATER *testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit.* Quando autem eos heredes NON instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: protutelae actione tenentur.

Nach diesem Gesetz scheint es zwar, als käme es nicht darauf an, ob die Mutter das Kind, dem sie in ihrem Testamente einen Vormund ernannt hat, zum Erben eingesetzt habe, oder nicht. Die Obrigkeit pflege in dem einem Falle, wie in dem andern den Vormund zu bestätigen. Allein schon Cujaz [44]) hat bemerkt, daß die gemeine Lesart unrichtig, und das NON wegzustreichen sey.

erklärt wird. Eine Bedeutung, die weder von BRISSONIUS, noch von andern bemerkt worden ist, welche de Verborum iuris Significatione geschrieben haben.

43) S. *Jac.* CUJACII Comment. in libr. XIX. Quaest. Papiniani. (*Oper. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 556. sq.)

44) Notae ad Institution. Tit. de tutelis, und Desselben Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXIX. libri V. de confirm. tut.

Reinhard Bachov[45]) hat zwar die gemeine Lesart gegen Cujaz zu vertheidigen gesucht. Er verwirft diese Emendation darum, weil sie nicht nur an sich violent sey, sondern auch eine unnütze Tautologie herbeyführe. Denn wollte man die Negation weglassen, so werde zweymal nach einander das nämliche gesagt. Ueberdem deuteten die Worte: *nullo vero ex his interveniente* auf einen doppelten Fall hin, den der Erbeinsetzung, und den der Nichteinsetzung der Kinder. Eben so ist Cornel. van Bynkershök[46]) gegen Cujaz, welcher das Gesetz des Codex mit den angeführten Pandectenstellen so zu vereinigen sucht, daß er einen Unterschied macht. Hat nämlich die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund ernannt hat, in ihrem Testamente zu Erben eingesetzt, so müße die Obrigkeit den Vormund bestätigen; in dem entgegengesetzten Falle könne sie zwar den Vormund bestätigen, wenn es nach ihrem Ermessen für die Kinder nützlich sey, allein sie sey dazu nicht verbunden. Dieß deute das Wort *solere* an, welches von debere unterschieden sey, und blos davon gebraucht werde, quod moris, non quod iuris est. Am meisten hat sich jedoch Johann Wilh. Marckart[47]) bemüht, die Negation in der gemeinen Lesart zu erhalten. Er sagt, es komme in Absicht auf die obrigkeitliche Bestätigung gar nicht darauf an, ob die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund bestellt hat, in ihrem Testamente

45) Notae et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. Verb. *Quid si mater*. p. 405.

46) Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 17.

47) Probabilia receptarum Lection. iuris civilis. P. II. (*Trajecti ad Rhen.* 1738. 8.) ad L. 4. C. de testam. tut. pag. 104—113.

zu Erben eingesetzt habe, oder nicht. Daß dieses die wahre Meinung des Kaisers Alexander sey, erhelle aus einer andern Verordnung eben dieses Kaisers, nämlich der *L.* 1. *C. de confirm. tut.* wo er auch nicht unterscheide. Die mütterliche Ernennung eines Vormundes sey ungültig, sie möge ihre Kinder zu Erben einsetzen oder nicht, in beyden Fällen tutor *debet* vel *solet* confirmari a Praesidibus. *Nullo vero ex his interveniente*, diese Worte versteht er so: nullo Praeside interveniente, so finde nur actio protutelae Statt, wenn sich der von der Mutter ernannte Vormund dennoch in die Tutel eingemischt hätte. Wenn Modestin in der *L.* 4. *D. de testam. tut.* sagt, mater non nisi filio instituto tutorem dare potest; so habe dieses nicht den Sinn, als ob es der Obrigkeit nicht erlaubt sey, einen solchen Vormund zu bestätigen, den die Mutter für ihr Kind ernannt hat, ohne es zum Erben einzusetzen, sondern der Rechtsgelehrte habe nur zeigen wollen, was der Mutter selbst bey Ernennung eines testamentarischen Vormundes erlaubt sey, und was für ein Unterschied zwischen einem Vormund, welcher vom Vater, und dem, welcher von der Mutter ernannt ist, Statt finde. Daß nun aber die Obrigkeit auch einen solchen Tutor bestätigen könne, den die Mutter einem, auch nicht zum Erben eingesetzten Kinde, bestellt hat, sey die Frage gewesen, worüber der Kaiser Alexander hier rescribirt habe. So Marckart. Der Meinung Bynkershöks sind Joseph Finestres [48]), Johann van Rispen [49]),

48) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Lib. II. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 3. pag. 534.

49) Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris. Differentiar. supersunt. Cap. VIII.

Carl Fried. Walch[50]) und Lud. Jul. Fried. Höpfner[51]) beygetreten. Anton Faber[52]), der *de matre vel avia dante tutorem filio vel nepoti*, gewiß am ausführlichsten handelt, hat jedoch an unsere *L. 4. C. de test. tut.* nicht gedacht. Allein die meisten sowohl älteren, als neueren Rechtsgelehrten[53]) haben die Emendation des Cujaz als nothwendig anerkannt. In der That widerspricht auch das, was man zur Unterstützung der negativen Lesart vorgebracht hat, so ganz dem Inhalt der *L. 4.* daß man bey unbefangener Prüfung der Gründe, worauf diese Ansicht gestützt ist, keinen Antheil daran nehmen kann.

(in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 73.)

50) Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 7. und ad *Joach.* Hoppii commentat. ad Institut. §. 5. J. de tutelis not. a. pag. 148.

51) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 174. Not. 4.

52) Jurisprud. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 711. sq.

53) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *In matre.* p. 544. *Herm.* Vulteius Comm. in Instit. ad §. Permissum 2. de tutelis nr. 3. *Guil.* Maranus Paratitl. ad Tit. Pand. de confirm. tut. *Jul.* Pacius Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. *Arn.* Vinnius Comm. in Institut. ad §. 5. de tutelis. nr. 3. *Ev.* Otto Comment. ad eund. §. J. de tutel. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in libros VII. priores Cod. ad L. 4. de testam. tut. pag. 469. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 97. *Bav.* Voorda Thes. controv. Decad. XVIII. §. 9. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Not. 7. u. a. m.

Schon gleich der Anfang der L. 4. *Mater testamento filiis tutorem dare non potest, nisi eos heredes instituerit*, überzeugt uns lebhaft, daß die Negation mit diesem Satz nicht bestehen könne. Alexander wollte hier kein neues Recht einführen, welches überhaupt bey kaiserlichen Rescripten nicht leicht der Fall ist[54]). Er geht daher bey seiner Entscheidung von einem ganz unbestrittenen Satz des gemeinen Rechts aus, den die angeführten Pandectenstellen ganz unzweydeutig aussprechen. Nach diesem kann die Mutter ihren Kindern anders keinen Vormund ernennen, als wenn sie dieselben zu Erben einsetzt. Die Erbeneinsetzung ist schon darum nothwendig, weil man, wie Modestin sagt, annimmt, die Mutter habe quasi *in rem* potius, quam *in personam* den Vormund bestellt, d. h. sie habe mehr für das Vermögen, welches sie den Kindern hinterlassen hat, als für die Person, welche ihrer Gewalt nicht unterworfen ist, den Vormund ernannt [55]). Wollte man nun die negative Lesart beybehalten, so würde das Rescript den Sinn haben, die mütterliche Ernennung eines testamentarischen Vormundes sey schon an sich gültig, und bedürfe keiner Confirmation, wenn sie ihre Kinder zu Erben eingesetzt habe, diese sey nur in dem entgegengesetzten Falle erforderlich. Dann hätte ja aber Alexander durch sein Rescript das Pandectenrecht abgeändert. Dieß will freylich Accursius behaupten, allein mit welchem Grunde? Man erwäge, daß Modestin Alexanders Zeitgenoß, und Rath war,

54) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

55) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. a. pag. 97.

ja noch lange nach ihm unter Gordian blühete [56]. Alexander dachte auch gewiß nicht entfernt an eine solche Abänderung des bestehenden Rechts, welches selbst Justinian noch zu dem seinigen machte. Alexander will vielmehr in den folgenden Worten näher bestimmen, wie der im Eingange des Gesetzes aufgestellte Satz zu verstehen sey. Damit nämlich daraus Niemand folgern möchte, als sey zur Gültigkeit der mütterlichen Ernennung eines testamentarischen Vormundes schon genug, wenn die Kinder zu Erben eingesetzt worden sind; so fügt der Kaiser hinzu, wenn auch die Mutter die Kinder zu Erben eingesetzt habe, so müsse doch der für sie bestellte Vormund noch von der Obrigkeit bestätiget werden. Der Ausdruck: SOLET *confirmari* ist offenbar ganz falsch verstanden worden. Es soll dieß nicht soviel heißen, als sey die Bestätigung des Vormundes der Willkühr der Obrigkeit überlassen. Was wäre dieß für eine Entscheidung? Nein, die Obrigkeit ist verpflichtet, den Vormund zu prüfen, und wenn sie ihn tüchtig findet, zu bestätigen. Derselbe Kaiser Alexander braucht das Wort *solet* auch von der obrigkeitlichen Bestätigung eines solchen testamentarischen Tutors, welcher vom Vater nicht gesetzmäßig ernannt worden ist [57]. Es bedeutet also hier eben so viel, als *debet*. Der Sinn des Rescripts geht folglich dahin: soll die Ernennung eines Vormundes im mütterlichen Testamente gültig und von Wirkung seyn, so wird dazu zweyerley erfordert. Die Mutter muß Erstens die Kinder zu Erben einsetzen, und dann muß zweytens der Vormund, dem Willen der Verstorbenen gemäß, von der Obrigkeit bestätiget werden.

56) S. *van* NISPEN Diss. cit. Cap. I. pag. 5. sqq.

57) *L.* 2. *C. h. t.* Dieses Gesetz ist vom Kr. Alexander.

Ist aber von dem nichts geschehen, (*nullo vero ex his interveniente*) d. h. sind die Kinder weder von der Mutter zu Erben eingesetzt, noch der von ihr ernannte testamentarische Vormund von der Obrigkeit confirmirt worden; so ist die mütterliche Ernennung des Vormundes für nicht geschehen zu halten. Hat sich der Vormund dennoch in die Verwaltung eingelassen, so hat gegen ihn nur die actio protutelae statt. Zur Bestärkung der Cujaciussischen Emendation dient hier noch die Bemerkung des Fabrotus [58]), welcher im Betreff der *L.* 4. *C. de test. tut.* sagt: in qua, sc. *lege*, recte pridem observatum est, ex abundanti adiectam esse *negationem*, quam nec libri veteres agnoscunt, nec interpretes Graeci. Statt *non* wollen jedoch Theodor Marcilius [59]) und Franz Broeus [60]) *nominatim* lesen, welches, abbrevirt, gar leicht von unwissenden Abschreibern für non habe gelesen werden können. Eine sinnreiche Conjectur.

b) Wenn ein Fremder, oder ein Verwandter, der weder väterlicher noch mütterlicher Ascendent ist, z. B. Vatersbruder, oder Mutterbruder, einen Pupillen zum Erben eingesetzt, und diesem einen Vormund im Testamente bestellt hat. Hier ist zwar aus gleichem Grunde die Ernennung des Vormundes ungültig. Hat aber der Pupill sonst kein Vermögen, als was ihm von dem Testirer hinterlas-

58) Ad Theophili Paraphr. graec. Institution. §. 5. de tutelis not. x. pag. 140. edit. *Reitzii.*

59) Not. ad §. 5. J. de tutelis in *Jani a* Costa Commentar. in Institution. pag. 87.

60) Exposition. in Justiniani Institution. (*Lutet. Parisior.* 1622. 4.) ad §. 5. de tutelis. pag. 123.

sen worden ist; so wird angenommen, der Testirer, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, werde auch einen ihm bekannten sichern Vormund ernannt haben [61]). Eben dieses galt auch von einem Patron, der seinen unmündigen Freygelassenen zum Erben eingesetzt hatte.

L. 4. *D. h. t.* PAULUS *libro singulari de Excusationibus tutelarum.* Si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituit, tutorem dederit, *et extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluit, noverit, et impuberem ita dilexerit, ut eum heredem institueret.

L. 5. *D. eodem.* PAPINIANUS *libro II. Quaestionum.* Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare.

§. 1310. a.

Fortsetzung der Confirmationsfälle. Erklärung der *L.* 7. *pr. D. h. t.* und der *L.* 6. *eodem.*

Die Ernennung eines testamentarischen Vormundes ist unvollkommen,

2) wenn der Vater solchen Kindern einen Vormund bestellt hat, über die er keine väterliche Gewalt hatte. Dahin gehört a) wenn emancipirten, zu Er-

61) S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Potest. (*Opp.* Tom II. pag. 544.) *Ant.* FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 712. und *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 4. pag. 535.

den eingesetzten, oder enterbten Kindern ein Tutor gegeben worden ist.

§. 5. *J. de tutelis.* Sed si *emancipato filio* tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia Praesidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

Denn da nach dem prätorischen Rechte auch das emancipirte Kind vom Vater entweder zum Erben eingesetzt, oder enterbt werden muß; so ist ein solches Kind nicht einem extraneus, oder einem solchen Kinde gleich zu achten, welches nothwendig hätte eingesetzt werden müssen, wie ein Kind, dem die Mutter einen Vormund im Testamente ernannt hat [62]. In patre enim haeret vestigium pristinae potestatis, sagt sehr richtig der große Gerhard Noodt [63], cui etiam sublata patria potestate multum tribuerunt veteres: nam et post emancipationem est ius successionis iure Praetorio per bonorum possessionem, etsi desiit esse ius sui heredis. Daher kann allerdings auch ein solcher Tutor confirmirt werden, den der Vater einem enterbten emancipirten Kinde bestellt hat [64].

b) Wenn der Vater für einen filius naturalis einen

62) *L.* 4. *D. de testam. tut.* S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod ad Tit. 29. libri V. de conf. tut. und *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. A et B. Verb. *Exheredato autem filio.* pag. 404.

63) Commentar. ad Dig. h. t. §. In matre quoque. p. 544.

64) S. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 504. lit. A. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. § 136.

Vormund ernannt hat, welcher jedoch, wenn er confirmirt werden soll, zum Erben eingesetzt seyn muß, oder es muß ihm sonst Etwas vermacht, oder geschenkt seyn, nur aber nicht mehr, als der Vater seinen natürlichen Kindern nach Maßgebung der Gesetze aus seinem Vermögen zuwenden kann.

L. 7. pr. D. h. t. HERMOGENIANUS *libro secundo iuris Epitomarum.* NATURALI *filio*, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.

Ueber den eigentlichen Sinn dieser Gesetzstelle sind mancherley Erklärungen zum Vorschein gekommen. So viel zunächst den Ausdruck *naturalis filius* anbetrifft; so will Anton Faber[65]) darunter nicht ein solches Kind verstehen, welches der Vater mit einer Concubine erzeugt hat, denn solchen Kindern, sagt er, sey der Name liberi naturales zuerst vom K. Constantin dem Großen gegeben worden. Hier sey unter naturalis filius ein solches Kind zu verstehen, welches in der Sclaverey, und also vom Vater im Contubernium gezeugt worden, nachher aber zugleich mit dem Vater manumittirt worden ist. Denn ein solches Kind sey nicht in väterlicher Gewalt gewesen, weil es aus keiner rechtmäßigen Ehe geboren worden ist. Allein schon Jacob Gothofredus[66]) hat diese irrige Erklärung hinlänglich widerlegt. Hermogenian lebte ja unter Constantin dem Großen[67]), und

65) Jurispr. Papin. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. p. 374. sq. et Tit. XII. Princ. I. Illat. 32. p. 714. sq. et Illat. 35. p. 717.

66) Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de naturalibus liberis. Tom. I. Lib. IV. Tit. 6. pag. 393. edit. *Ritter*.

67) S. *Jos.* FINESTRES *et de* MONSALVO Diss. praeliminar. de Hermogeniano §. 5. Commentar. pag. 3. und *Christ.*

dann finden wir ja schon längst vor seiner Zeit die Benennung von liberi naturales in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten [68]) gerade in der Bedeutung von Concubinen-Kindern, so daß es also gar keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß Hermogenian den Ausdruck filius naturalis auch hier in der gewöhnlichen Bedeutung genommen habe.

Hiernächst will man die Worte: *cui nihil relictum est*, für einen Zusatz vom Tribonian halten, welcher diese Worte wegen einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian eingeschaltet habe [69]). Es ist die *L. ult. Cod. h. t.* welche so lautet:

Imp. Justinianus A. *Juliano* P. P. Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, scilicet *intra praefinitum*

Frid. Pohl de Codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. histor. (*Lipsiae* 1777. 4.) §. VII. pag. 24. sq.

68) *L.* 11. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L.* 45. *D. de vulg. et pup. substit. L.* 17. §. 4. *D. ad SCtum Trebell. L.* 38. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.*

69) *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. pag. 374. sqq. *Pet.* Faber Commentar. ad Tit. Pand. de div. Reg. iuris L. 73. pag. 194. *Fr.* Raguellus Commentar. ad Constitut. et Decision. Justin. L. ult. C. de confirm. tut. pag. 359. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemata Triboniani. Cap. IV. pag. 75. edit. *Heinecc. Halae* 1736. 8. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 7. D. h. t. pag. 404.

nostris legibus modum [70]), et tutorem eis relinquere: qui debet apud competentem iudicem confirmari, et ita res gerere pupillares. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio et Oreste Conss. 530 [71]).

Vor Justinian soll der Vater einem natürlichen Kinde, selbst einem solchen, welches er mit einer Concubine erzeugt hat, gar keinen Tutor haben bestellen können, wenn er auch gleich dasselbe zum Erben eingesetzt hatte. Dieß habe erst Justinian geändert, und nach desselben Constitution habe Tribonian die *L.* 7. *h. t.* interpolirt. Allein Paulus [72]) lehrte uns ja, daß jeder extraneus dem Pupillen, den er zum Erben eingesetzt hat, einen Tutor mit der Wirkung bestellen könne, daß der Vormund von der Obrigkeit bestätiget werden müsse. Warum also nicht auch der Vater seinem natürlichen Sohne, wenn er ihn zum Erben eingesetzt hatte [73])?

Endlich haben auch die Worte: *nec sine inquisitione confirmatur*, verschiedene Erklärungen veranlaßt. Meh-

70) Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. c. pag. 97. hält diese Worte für einen Zusatz Tribonians, welche sich auf die *L.* 2. *C. de natural. lib.* bezögen. Man s. den 28. Th. dieses Commentars §. 1295.

71) Justinian beruft sich auf diese Verordnung in der *L. ult. Cod. Quando mulier tut. officio fungi potest.* welche von demselben Datum ist.

72) *L.* 4. *D. h. t.*

73) S. *Jo.* Wybo Diss. de Triboniano ab emblematib. Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 21. pag. 310 sq. (edit. *Halens.*) und *B.* Voorda Thes. controv. Decad. XVIII. §. 10.

rere Rechtsgelehrten[74]) haben sie so verstehen wollen, wenn der Vater einem natürlichen Kinde, dem er nichts vermacht hat, einen Vormund in seinem Testamente bestellt hat, so werde ein solcher Tutor anders nichts, als cum inquisitione confirmirt. Habe er ihm also was vermacht, so werde der Tutor sine inquisitione confirmirt. Allein der Vater ist doch in Rücksicht seines natürlichen Sohnes, der nie in seiner väterlichen Gewalt war, gewiß nur wie ein extraneus zu betrachten[75]). Hat aber ein extraneus einem Pupillen einen Vormund bestellt, so wird dieser nur dann von der Obrigkeit bestätiget, wenn er denselben zugleich zum Erben eingesetzt hat, weil man annimmt, daß derjenige, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, auch wohl den Tutor gekannt haben werde, den er für ihn zugleich ernannt hat[76]). Warum sollte nun der pater naturalis ein vorzüglicheres Recht haben? Wie konnte ferner Hermogenian sagen: Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor FRUSTRA datur a patre, wenn ihn gleichwohl die Obrigkeit bestätigen müßte, wofern er nach vorgängiger Untersuchung wäre täuglich befunden worden? Die Stelle ist freylich dunkel, sie kann aber nach der Analogie vom extraneus

74) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. § 3. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. pag. 469. *Jul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 3. pag. 499. *Chr. Frid.* MÜHLENBRUCH Doct. Pand. Vol. II. §. 317. u. a. m.

75) *L.* 5. *D. de in ius voc.* *L. ult. C. de natural. lib.* S. *Herm.* VULTEJUS Commentar. ad §. Permissum. 2. Institution. de tutelis. nr. 4 und HUGO DONELLUS Commentar. Lib. III. cap. 5. §. 8.

76) *L.* 4. *D. h. t.*

keinen andern Sinn haben, als den, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne einen Vormund bestellt hat, so ist eine solche Ernennung ungültig, wenn er nicht zugleich dem Sohne Etwas in seinem Testamente vermacht hat. Ist dieses geschehen, so wird er zwar confirmirt, aber doch nicht ohne vorgängige Untersuchung seiner Tauglichkeit. Hat ihn hingegen der Vater nichts hinterlassen, so wird er auch nicht einmal ex inquisitione bestätiget. So wird dieses Gesetz auch von den meisten Rechtsgelehrten[77]) verstanden, und gewiß den Worten Hermogenians nicht zuwider. Denn der Jurist sagt ja nicht, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne im Testamente nichts vermacht hat, so sey der ihm gegebene Vormund ex inquisitione zu bestätigen. Nein, er sagt nur überhaupt, der Tutor werde nicht sine inquisitione bestätiget. Indem nämlich Hermogenian hier zeigen will, in wiefern die Vormundschaftsbestellung für ein natürliches Kind gültig sey, sagt er uns nur, in wiefern sie ungültig sey, nämlich a) sie sey ungültig, wenn der Vater dem Kinde in seinem Testamente nichts hinterlassen hat[78]). b) Die Confirma-

77) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Ita patet. pag. 544. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogen. ad L. 7. h. t. §. 8. pag. 537. *Ev.* Otto Comment. ad §. 5. J. de tutelis. Man s. auch *Jac.* Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. 29. Libri V. de conf. tut. *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 504. lit. B.

78) *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. IX. Princ. I. Illat. 1. pag. 376. findet in den Worten Hermogenians: cui nihil relictum, auch darin einen Anstoß, daß nicht gesagt worden, *cui nihil reliquerit pa-*

tion eines solchen Vormundes gelte auch nicht ohne vorgängige Inquisition. Hieraus folgt nun nicht, daß diese Confirmation auch dann geschehen müsse, wenn der Vater dem natürlichen Kinde nichts hinterlassen hat; gewiß nicht, so wenig wie bey einem extraneus. Es folgt vielmehr daraus, daß die Ernennung eines solchen Vormundes, wenn sie gültig seyn soll, dreyerley erfordere, a) der Vater muß seinem natürlichen Kinde zugleich Etwas in seinem Testamente hinterlassen haben; b) der Vormund muß von der Obrigkeit bestätiget werden, und zwar c) ex inquisitione. Das letztere Erforderniß ist keinesweges von Justinian in der *L. ult. C. h. t.* aufgehoben worden. Justinian wollte hier nur genauer bestimmen, in wiefern dem Vater erlaubt seyn solle, seinen natürlichen Kindern einen Vormund im Testamente zu geben, welcher aber von der Obrigkeit bestätiget werden müsse. Daß die Confirmation ex inquisitione geschehen müsse, konnte Justinian mit Recht, als bekannt, voraussetzen, weil er schon in seinen Pandecten mit Hermogenians Worten gesagt hatte: non sine inquisitione confirmatur. Hätte Justinian dieses abändern wollen, so hätte er sich, nach seiner bekannten Denkungsart, gewiß deutlicher darüber ausgesprochen.

3) Wenn der Vater einem schon mündigen Kinde einen Tutor, oder einem noch unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt hat. Daß ein solcher Vormund zu confirmiren sey, lehrt Papinian

ter, um den Fall auszuschließen, da einem natürlichen Kinde von einem Dritten etwas vermacht worden ist. Allein die Worte: *tutor frustra datur a* PATRE, deuten ja schon genugsam an, daß ihm der Vater nichts hinterlassen habe.

libro quinto *Responsorum*, woraus die *L. 6. D. h. t.* genommen ist. Si filio *puberi* pater tutorem, aut *impuberi* curatorem[79]) dederit, citra inquisitionem

79) Haloander, Hugo a Porta, Baudoza, Merlin und Miräus lesen hier: Si filio *impuberi* pater tutorem, et *puberi* curatorem dederit. Eben so *Jo. Lud. Wilh.* Beck in Corp. iur. civ. P. I. Tom. I. pag. 955. Allein *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. V. Responsor. Papiniani, ad L. h. 6. h. t. (*Oper. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 187.) giebt der florentinischen Lesart den Vorzug, und *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 31. pag. 713. sq. hat aus Gründen bewiesen, daß sie die richtigere Lesart sey. *Arnold.* Rotgersius in Diatr. ad L. si filio 6. ff. de confirmando tutore, vel curatore sive de tutore dato puberi, et de curatore, dato a patre filio impuberi, confirmando. (*Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 692 — 707. *Lugd. Batav.* 1727. 4.) hat aber die Richtigkeit derselben vollends ausser allem Zweifel gesetzt. Die glossirten Handschriften mögen wohl so, wie Haloander, und die oben angeführten glossirten Ausgaben gelesen haben. Dieses ergiebt sich aus der erzwungenen Erklärung der Glosse, welche den auch nicht entfernt in dem Gesetz enthaltenen Fall unterstellt, daß der Vater seinem unmündigen Kinde einen Tutor *in testamento non utili* bestellt habe. Allein schon Azo billigte die florentinische Lesart. Er sagt nämlich: Sed si habes primo *puberi:* postea *impuberi:* plana est litera: et erit inutilis datio tutoris, ratione eius, cui datur: cum datur curator, ratione dantis, et eius, cui datur: quia non datur in testamento etiam solemni. Sed secundum primam literam inutilis est datio tutoris: quia minus solemniter datus est. Item *curatoris*, ratione eius, qui dat: quia non potest dari in testamento etiam solemni. Brenk-

Praetor eos confirmare debebit. Denn das Gesetz der zwölf Tafeln, welches dem Vater das Recht giebt, seinen Kindern einen Vormund im Testament zu geben, redet nur von der Tutel, welche sich nicht über die Jahre der Unmündigkeit hinaus erstreckt. Die väterliche Gewalt berechtiget also den Vater nicht den Kindern einen Curator in seinem Testamente zu setzen 80). Ist es dennoch geschehen, und die Kinder sind mündig, so kommt es darauf an, ob sie einen Curator verlangen; dann wird er von der Obrigkeit bestätiget. Ausserdem ist die Ernennung ungültig. In unserer Gesetzstelle hatte der Vater auf eine doppelte Art dem Rechte zuwider gehandelt. Denn es sind darin zwey Fälle enthalten. I. Der Vater wollte seinem Sohne, der schon mündig war, einen Curator setzen, und schrieb *tutorem*. Hier versahe es der Vater auf zweyerley Art; 1) daß er einem schon mündigen Kinde in seinem Testamente einen Vormund ernannte, wozu ihn die väterliche Gewalt nicht berechtigte, und 2) daß er diesen

man in der Gebauerischen Ausgabe sagt zwar Not. 27. pag. 445. Non tantum Hal. sed *omnes*, *quos vidi*, *codices* invertunt. Allein vermuthlich waren es lauter glossirte Handschriften. Dagegen sagt Lud. Charondas in seiner Ausgabe (Antwerpen 1575. f.) von der florentinischen Lesart: *immo recta est*, *neque mutari debet;* auch *Car. Frid.* Walch ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. cap. 2. §. 52. ist dem Rotgersius mit Recht beygetreten, welcher letztere Cap. II. §. 1. sqq. auch die ganz unnöthige Versetzung der Worte bey Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *Absolvi.* pag. 545. Si filio puberi pater *curatorem* dederit, aut impuberi *tutorem*, mit Recht verworfen hat.

80) §. 1. *J. de curator. L.* 7. *Cod. de testam. tut.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. cap. 6.

Vormund tutor nannte, der doch ein Curator seyn sollte. II. Der Vater hatte einem unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt, dem er einen Tutor geben wollte. Auch in dieser Ernennung liegt ein doppelter Fehler, 1) weil ein Curator im Testamente bestellt worden, der darin nicht bestellt werden konnte; 2) weil der Curator einem unmündigen Kinde gegeben worden, dem der Vater nur einen Tutor bestellen konnte. In beyden Fällen ist also die testamentarische Vormundschaftsbestellung ungültig, und bedarf einer obrigkeitlichen Bestätigung. Man kann hier sagen, der Vater habe sich entweder in einem Irrthume befunden, und seinen Sohn, der schon mündig war, für noch unmündig gehalten, und ihm, statt eines Curators, einen Tutor gegeben, oder er habe den Sohn, der noch unmündig war, für schon mündig gehalten, und ihm, statt eines Tutors, einen Curator gegeben; oder man kann auch sagen, der Vater habe sich in einer Rechtsunwissenheit befunden, und aus Unkunde des rechtlichen Unterschiedes zwischen tutor und curator, beyde Benennungen verwechselt. In einem gleichen Irrthume befand sich der Centurio bey Papinian [81]), der auch seinem impuberi filio einen Curator im Testamente bestellt hatte. Obgleich hier der Testirer Soldat war, so hatte er doch bey der Bestellung des Vormundes vor einem Paganus nichts voraus. Die Ernennung war also hier eben so ungültig, wie in dem Testamente eines Paganus. Papinian gedenkt ausdrücklich dabey des decreti Praetoris, vor dessen Erfolg der Vormund nicht verbunden war, sich der Vormundschaft zu unterziehen. Er mußte also erst bestätiget werden, eher war er auch nicht verantwortlich. Doch wir wollen den Papinian selbst reden lassen. Er sagt *libro sexto Responsorum*.

81) *L. 40. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

Impuberi *filio* Centurio curatorem dedit: *decreto Praetoris non secuto*, si nihil curator datus administret: periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur. *Nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet*: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: *filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur.*

Hier sollte man also auch wohl emendiren, und statt *impuberi* filio lesen *puberi?* Wem ist dieses wohl bis jetzt noch eingefallen? warum will man nun in der *L.* 6. *h. t.* statt *impuberi curatorem dederit*, lieber *puberi* lesen? Es lebe die florentinische Lesart. Dieser gemäß ist denn also die Confirmation des Vormundes in beyden Fällen, von denen Papinian spricht, nöthig. Da nun aber in beyden Fällen ein Irrthum des Testirers zum Grunde liegt, man nehme nun einen error facti oder iuris an; so muß dieser bey der Bestätigung des Vormundes von der Obrigkeit zugleich verbessert werden. Der fehlerhaft bestellte Vormund muß also in dem ersten Falle nicht als Tutor, sondern als Curator, in dem letztern Falle aber nicht als Curator, sondern als Tutor confirmirt werden [82].

§. 1310. b.

Confirmation wegen Mangels in Rücksicht der Form der testamentarischen Tutel.

Die testamentarische Tutel ist 3) ungültig, und bedarf

82) S. Rotgersius cit. Diatr. Cap. II. §. 8. et 9. p. 703. sq. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. V. Not. g. pag. 97. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. 6. pag. 403. und *B.* Voorda Thes. controversar. Decad. XVIII. §. 6.

einer obrigkeitlichen Bestätigung, wenn sie in Rücksicht der Form mangelhaft ist. Dahin gehört, a) wenn der Vater den Vormund in einem nicht gültigen Testamente, oder in codicillis non confirmatis bestellt hat, oder das Testament, in welchem der Vormund bestellet worden, ruptum oder irritum oder destitutum geworden ist.

L. 3. D. h. t. Julianus *libro XXI. Digestorum.* Qui a patre tutor scriptus est aut *non iusto testamento* [83]), aut non, *ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam* perinde ac si *ex testamento* tutor esset: id est, ut satisdatio ei remittatur.

L. 2. C. h. t. Imp. Alexander *A.* Neque per epistolam, neque *ex imperfecto testamento* tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed *voluntas patris* in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, *servari solet.*

L. 1. §. 1. D. h. t. Modestinus *libro VI. Excusationum* [84]). Si *codicillis non confirmatis* tutor

83) *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 142.) versteht die Worte *non iusto testamento* nicht blos von einem testamento non iure perfecto, sondern auch von einem testamento minus solemni. Allein daß der Vater auch in einem testamento inter liberos minus solemni den Kindern gültig Vormünder bestellen könne, ist schon oben §. 1306. S. 217 f. gezeigt worden.

84) *Franc.* Raguellus in Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. de confirm. tut. pag. 359. hält diese Inscription für unrichtig.

aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, tutores *secundum testatoris voluntatem* datos confirmari.

L. 26. *§.* 2. *D. de testam. tut.* PAPINIANUS *libro IV. Responsor.* Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet.

L. 31. *D. eodem.* SCAEVOLA *libro IV. Quaestionum.* Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius *ruptum* dicatur nato postumo: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

Denn so lange das Testament noch nicht für ungültig erklärt worden ist, ist kein Grund vorhanden, warum man von dem Willen des Vaters abgehen, und einen andern Tutor setzen wollte, als den der Vater bestellt hat, da im Zweifel die Vermuthung für das Testament streitet [85]). Die Obrigkeit bestätigt ihn also vor der Hand wenigstens zur Proceßführung. Der Ausgang des Processes wird nun lehren, ob die Tutel gültig bleibt, oder nicht. Wird nämlich für das Testament gesprochen, so bleibt der Vormund ein solcher aus dem Testamente. Wird es aber durch richterliches Erkenntniß rescindirt; so geht auch die väterliche Vormundschaftsbestellung zu Grunde, und die Tutel erhält also jetzt durch das Decret des Prätors ihre Gültigkeit, welche sie aus dem väterlichen Testament nicht mehr be-

Er meint, es müße *libro IV. Excusationum* gelesen werden, und zwar wegen *L.* 13. §. 12. *D. de Excusat.* welche ex MODESTINI *libro IV. Excusationum* genommen ist, und mit jener einerley Inhalt hat.

85) *L.* 10. *D. de inoff. testam.*

haupten konnte [86]). Daher sagt Papinian *L.* 26. *§. ult. D. de testam. tut.* Eventus iudicatae rei declarabit, utrum *ex testamento patris,* an *ex decreto Praetoris* auctoritatem acceperit.

b) Wenn der Tutor seine Ernennung selbst in dem Testamente geschrieben hat, aber doch aus dem Testamente zu ersehen ist, daß es nicht gegen den Willen des Vaters geschehen sey, und auch sonst dem Vormunde weiter nichts entgegensteht [87]).

§. 1310.c.

Findet wegen Mangels in der Person des Tutors eine Confirmation Statt?

Unter den tutores non legitime testamento dati nennt Modestin in der oben angeführten Stelle [88]) zwar auch diejenigen, *quos non oportet*, und daß dieses auf die subjective Eigenschaft des Vormundes sich beziehe, hat keinen Zweifel; allein hier kann der Mangel der Fähigkeit durch die obrigkeitliche Confirmation nicht immer ergänzt werden. Daher sagt auch Hermogenian [89]), man solle bey der Untersuchung, ob der Tutor auf eine gesetzmäßige

86) S. *Ant.* FABRI Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 50. pag. 731. und *Jo. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VIII. §. Prima. (in *Gerh.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 71.)

87) *L.* 29. *D. de testam. tut. L.* 18. §. 1. *D. de lege Corn. de falsis.* S. §. 1303. S. 164 ff.

88) *L.* 13. §. 2. *D. de Excusat.*

89) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

Art bestätiget worden sey, unter andern darauf Rücksicht nehmen, *an is detur, cuius dandi facultas erat*, welches ohne Zweifel auf den Vormund geht [90]). Nun hat zwar die testamentarische Tutel allerdings das vorzüglich Eigene, daß auch solche Personen zu Vormündern ernannt werden können, welche zur Führung einer Tutel in dem Zustande, worin sie sich befinden, nicht fähig sind, wie z. B. Minderjährige, Wahnsinnige u. d. [91]), und die Obrigkeit darf sie nicht schlechterdings verwerfen [92]); allein eine Confirmation findet hier nicht Statt [93]). Die Obrigkeit muß in solchen Fällen einen Interims-Vormund setzen, bis das Hinderniß gehoben ist [94]). Eben so wenig kann die Obrigkeit eine Frauensperson [95]), oder eine ungewisse Person [96]), oder einen solchen Vormund confirmiren, dessen Bestellung der Wahl des Erben, oder eines Dritten überlassen worden [97]), und eben so ungültig würde auch

90) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad §. 1. L. 7. cit. §. 6. pag. 541.

91) §. 2. *J. Qui testam. tutor. L.* 11. *D. de tutel. L.* 10. §. 3. *D. de testam. tut.*

92) S. Heineccii Diss. de suprema Princip. Magistratuumque tutela. §. 18. (in *Opusculor. varior. Syll.* pag. 721.)

93) S. Finestres *et de* Monsalvo c. l. §. 7. pag. 542.

94) *L.* 10. §. 7. *D, de Excusation.*

95) *L.* 26. *pr. D. de testam. tut.*

96) Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. X. nr. 21. sqq. Man sehe jedoch §. 1301. S. 82. f. und *Christ. Gottl.* Haubold Opuscul. academ. Vol. I. p. 366.

97) *L.* 32. *pr. D. de hered. instit. L.* 43. §. 2. *D. de legat. I.* S. Montanus c. l. nr. 31. et 32. und Haubold Opusc. academ. a Wenck edit. Vol. I. pag. 366. sq.

die Bestätigung eines solchen Vormundes seyn, der taub und stumm [98]), oder der nicht erbfähig ist [99]).

Allein es kann doch zuweilen auch bey einer vom Vater gültig bestellten testamentarischen Tutel eine obrigkeitliche Bestätigung wegen der Eigenschaften des Vormundes nöthig seyn, nämlich wenn sich dieselben unterdessen geändert haben, z. B. der als wohlhabend bestellte Vormund ist nachher verarmt, oder der als Freund ernannte Tutor ward nachher des Testirers Feind; oder dem Testirer waren die Sitten und Gesinnungen des von ihm ernannten Vormundes nicht so bekannt, als sie die Obrigkeit kannte, so daß es nun zweifelhaft ist, ob der Wille des Vaters oder Testirers unter diesen Umständen noch für fortdauernd zu halten sey, und deshalb eine Untersuchung nöthig ist [100]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 4. D. de testam. tut. Modestinus *libro VII. Differentiarum.* A patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: *nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit:* veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 8. D. de confirm. tut. Tryphoninus *libro XIV. Disputationum.* In confirmando tutore hoc Praetor inquirere debet: an duraverit patris voluntas:

98) *L. 10. §. 1. D. de legitim. tutor.*

99) *L. 21. D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 16. S. Finestres Hermogenian. c. l. pag. 542. und *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. I. Illat. 45.

100) S. *Jo. van* Nispen Diss. ad Herenn. Modestinum. Cap. VIII. §. Prima. (in Oelrichs *Thes. Diss. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 70. sq.)

quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatium dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt.

§. 1311.

Confirmatio necessaria et voluntaria, cum inquisitione et sine inquisitione. Wenn findet die eine, und wenn die andere Statt?

Die obrigkeitliche Bestätigung geschieht nun entweder aus gesetzlicher Nothwendigkeit, oder freywillig, so daß die Beybehaltung des Tutors blos von dem Decret der Obrigkeit abhängt, z. B. das Testament des Vaters ist aus Gründen des Civilrechts für schlechterdings ungültig erklärt, oder es ist ungültig geworden, so daß dadurch die testamentarische Tutel mit zu Grunde gegangen ist, oder der Testirer, welcher den Pupillen im Testament zum Erben hätte einsetzen sollen, hat ihm nichts hinterlassen, es war also weder ein Recht noch Grund vorhanden, demselben im Testament einen Vormund zu ernennen. Der Unterschied besteht vorzüglich darin, daß zwar jener, nicht aber dieser der Mutter vorgeht, wenn sie die Tutel übernehmen will [1]).

Die Bestätigung geschieht ferner entweder *omnimodo*,

1) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 5. §. 17. et 18. (Vol. II. pag. 54.) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. Vol. II. h. t. §. 4. und Ayrer Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutorib. §. 12.

d. h. wie es Justinian [2]) erklärt, sine inquisitione, wenn die Obrigkeit bey der Bestätigung auf weiter gar nichts Rücksicht nimmt, als auf den Willen des Vaters, ob dieser nämlich noch zur Zeit seines Todes derselbe geblieben, wie er ihn wegen der Vormundschaftsbestellung im Testamente erklärt hat [3]); oder sie geschieht *cum inquisitione*, wenn die Obrigkeit nicht blos darauf Rücksicht nimmt, ob der Wille des Testirers noch zur Zeit seines Todes fortgedauert habe, sondern zugleich die Tüchtigkeit des Vormundes in Absicht auf Sitten und Vermögen untersucht [4]). Hierher gehört die Stelle aus Modestinus *libro I. Excusationum*, welche in der *L.* 21. *§.* 5. *D. de tutoribus et curator datis* enthalten ist.

Πρὸς τοῖς λοιποῖς δικαίοις δεῖ τὸν ἄρχοντα καὶ τοὺς τρόπους τῶν μελλόντων χειροτονηθήσεσθαι σκοπεῖν· οὔτε γάρ οὐσία, οὔτε ἀξίωμα ὅυτως ἱκανὸν πρὸς πίστιν, ὡς ἀγαθὴ προαίρεσις, καὶ χρηστοὶ τρόποι.

Diese Stelle, welche der lateinische Ausleger ganz falsch übersetzt hat, lautet nach der richtigern und eleganten Interpretation des Anton Augustinus [5]) folgendermassen.

2) §. 5. *J. de tutel.*

3) *L.* 8. *D. h. t.* aus Tryphonin, welche schon oben angeführt worden. S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 5. §. 10. 11. et 12.

4) *L.* 1. §. 2. *D. h. t. L.* 18. §. 1. *D. de L. Cornel. de falso.* S. Donellus Lib. III. Cap. 5. §. 13. 14. et 15. und Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

5) Ad Modestinum de Excusationib. (in *Ev.* Ottonis *Thes. Juris Rom. Tom. IV.* pag. 1562.)

Inter ceteras causas Magistratum oportet creandorum mores animadvertere: neque enim tam facultates, aut dignitas, apta sunt ad fidem eis habendam, quam vitae institutum decens [6]), *et mores probi.*

Es entsteht nun die Frage, wenn die Confirmation *omnimodo* geschehen kann, und wenn sie cum inquisitione geschehen muß? Hugo Donellus [7]) nimmt für die erste Art der Confirmation zwey Fälle an, 1) wenn der Vormund vom Vater ernannt, 2) wenn er von einem Extraneus bestellt worden, der den Pupillen, welcher sonst kein weiteres Vermögen besitzt, zum Erben eingesetzt hat. Allein dieser Meinung widerspricht der Ausspruch des Modestinus *libro IV. Excusationum*, welcher *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt:

Καὶ ἐὰν μὲν πατὴρ ᾖ ὁ δεδωκώς, περαιτέρω οὐδὲν ὡς, ἐπὶ τὸ πλεῖστον πολυπραγμονεῖ ὁ ἡγούμενος, ἀλλ᾽ ἁπλῶς, αὐτὸν βεβαιοῖ. Ἐὰν δὲ ἄλλος τις, τότε πολυπραγμονεῖ τὸ πρόσωπον, εἰ ἐστὶν ἐπιτήδειον. d. h. nach Augustinus [8]) Uebersetzung: *Et si*

6) Der alte lateinische Interpres hat die Worte: ἀγαθὴ προαίρεσις übersetzt: *bona electio.* Allein offenbar ist hier von dem guten Lebenswandel die Rede. Theophilus in Paraphr. graec. ad princ. J. de Satisdat. tutor. vel curat. in fin. sagt nach der Uebersetzung von Reitz: *Solet enim Magistratus haec inquirere; an probus sit vita, an locuples, an habeat vitae pignora, id est, liberos, (nam liberos habens novit, quomodo gerere se debeat erga pupillos, quibus loco patris datur:) et an caram habeat, quae ipsum tulit.* Man verbinde damit noch die *Basilica* Tom. IV. pag. 830.

7) Loc. cit. §. 7.

8) Cit loc. pag. 1560.

quidem pater erat, qui dedit (sc. *tutorem*), *plerumque*[9]) *non inquirere solet Praeses, sed simpliciter confirmare. Si vero alius, diligenter inquirit, an idoneus sit.*

Eben dieses bestätiget Modestinus *libro VI. Differentiarum*, wo aus der *L.* 4. *D. de testam. tut.* besonders die Worte merkwürdig sind.

Sed et *inquiri* in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: *cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur; nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus,* vel ex divite pauperior effectus sit.

Für den testator extraneus, der den Pupillen zum Erben eingesetzt hat, führt zwar Donellus [10]) die *L.* 4. *D. h. t.* an, wo Paulus sagt:

9) Das *Plerumque*, wofür der alte Interpres ganz unrichtig *amplius* gesetzt hat, deutet unstreitig auf den Fall hin, wenn der Vater einem natürlichen Kinde einen Vormund im Testamente bestellt, und diesem etwas hinterlassen hat. Denn hier wird der Vormund nicht ohne Inquisition confirmirt. *L.* 7. *pr. D. h. t.* Viele wollen zwar einen Unterschied machen, ob der Vater dem natürlichen Kinde etwas vermacht hat, oder nicht, und meinen, daß in dem ersten Falle der Vormund sine inquisitione, und nur in dem letzten Falle cum inquisitione zu confirmiren sey. S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. IV. h. t. §. 299. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Allein daß dieser Unterschied einer richtigen Interpretation der angeführten *L.* 7. nicht entspreche, ist oben §. 1310. a. S. 266 — 271. ausführlich gezeigt worden.

10) Loc. cit. §. 9.

Si patronus vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus: non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret.

Er meint daher, daß ob affectum testatoris erga pupillum paterno haud dissimilem der von demselben dem Pupillen im Testament bestellte Vormund ohne Inquisition confirmirt werden könne. Allein das Gegentheil lehrt Papinian *libro IV. Responsorum*, woraus die *L.* 28. *D. de testam. tut.* genommen ist. In dieser Stelle heißt es §. *ult.*

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem eius, *si fides inquisitionis congruat*, Praetor sequetur.

Daß hier vorauszusetzen sey, der Patron habe den unmündigen libertus zum Erben eingesetzt, versteht sich von selbst, weil ja nicht einmal die Mutter einem Kinde anders einen Vormund ernennen kann, als wenn sie dasselbe zugleich in ihrem Testamente zum Erben einsetzt, wie Modestin [11]) lehrt. Nun stellt Paulus in der vom Donellus citirten Stelle dem Patron jeden extraneus gleich, wie die Worte: *vel* QUIVIS *extraneus* deutlich anzeigen; es folgt also daraus, daß der von einem testator extraneus einem Pupillen im Testament bestellte Vormund anders nicht als cum inquisitione bestätiget werde, wenn er auch den Pupillen zum Erben eingesetzt hat [12]).

11) *L.* 4. *D. de test. tut.*

12) Man sehe Jac. Cujacius Comment. in Lib. V. Respon-

Die richtigere Meinung der Rechtsgelehrten [13]) ist also wohl die, daß

I. ein von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten einem emancipirten Kinde gegebener, oder sonst von ihm unregelmässig ernannter Vormund schlechthin (omnimodo) zu bestätigen sey, auch wenn das Kind nicht zum Erben eingesetzt worden ist [14]), vorausgesetzt, daß nicht unterdessen eine gerechte Ursach eingetreten sey, welche es zweifelhaft macht, ob, bey der eingetretenen Veränderung der Umstände in der Person des Vormundes, der Vater bey seinem Willen werde geblieben seyn, oder nicht. Denn hier kann auch wohl die Obrigkeit von der Verfügung des Vaters wegen vermutheter Willensänderung desselben abgehen [15]). Dahingegen

II. der von der Mutter, oder von dem natürlichen Vater, oder auch von jedem Fremden (extraneus) er-

sor. Papiniani ad §. ult. L. 28. D. de testam. tut. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. p. 185. sq.)

13) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. et 3. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. V. — VIII. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris secund. ord. Digestor. h. t. §. 4 — 7. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 659. Thibaut System des Pandecten Rechts. 1. B. §. 504.

14) *L.* 4. *D. de test. tut. L.* 1. §. 2. *L* 3. *L.* 6. *D. h. t.* §. *ult. J. de tutel. L.* 2. *Cod. h. t.* (V. 29.)

15) *L.* 8. *L.* 9. *et* 10. *D. h. t.* In der *L.* 9. führt Paulus den Fall an, si cum fisco aliquem contractum damnosum miscuisset sc. tutor. Dahin gehört z. B. wenn derjenige, welchen der Vater zum Vormund seiner Kinder bestellt hat, sich in eine conductio vectigalium eingelassen hat. *L. un. C. Ne tutor, vel curator vectigalia conduc.* (V. 41.)

nannte Vormund nur dann, wenn das Kind zugleich zum Erben eingesetzt worden, und zwar anders nicht, als nach angestellter Untersuchung über die Tauglichkeit desselben, (cum inquisitione), zu bestätigen ist [16]. In diesem Falle wird nun auch ein Decret der Obrigkeit erfordert, quod Praetor non ante interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis tutoribus, wie Papinian *L.* 5. *D.h.t.* sagt. Daher rechnet es Hermogenian zu den Erfordernissen einer ex inquisitione gültig geschehenen Confirmation, ut pro tribunali decretum sit interpositum [17].

Der Unterschied, den die Gesetze hier in Absicht auf die Confirmation zwischen den Vormündern machen, daß nämlich die in dem ersten Falle schlechthin, die in dem letzten Falle aber anders nicht als cum inquisitione von der Obrigkeit bestätiget werden sollen, beruhet unstreitig in dem Rechte der väterlichen Gewalt. Aus diesem Grunde geben die Gesetze nur den rechtmäßigen väterlichen Ascendenten ein Recht, ihren unmündigen Descendenten testamentarische Vormünder zu ernennen. Deswegen kommt es auch bey solchen Ascendenten gar nicht darauf an, ob sie die unmündigen Kinder zu Erben einsetzen, oder nicht, weil der Tutor mehr der Person, als dem Vermögen gegeben wird, und die väterliche Gewalt durch die Enterbung nicht aufgehoben wird. Diese väterliche Gewalt hinterläßt aber auch noch, nach geschehener Aufhebung derselben, so bedeutende Spuren, daß der Vater im Verhältniß zu den emancipirten Kindern nicht für einen extraneus gehalten werden kann. Denn ihrer nahm sich auch schon der Prätor

16) *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *et* 7. *D. h. t. L.* 1. *Cod. h. t.* (V. 29.)

17) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. pag. 542. sq.

an, und gab ihnen die bonorum possessio, wenn sie vom Vater weder eingesetzt, noch förmlich waren enterbt worden. Diese Spuren zeigen sich aber auch hier bey der Bestellung der Vormünder für sie, daß sie omnimodo, (ἁπλῶς) d. h. sine inquisitione bestätiget werden müssen [18]). Denn die Alten haben immer dem Urtheile und der Verfügung eines solchen Testirers, der Gewalt über den Pupillen hatte, ein größeres Gewicht und Vertrauen beygelegt, als der Vormundschaftsbestellung eines jeden andern Testirers. Von einem solchen Testirer sagen die Gesetze [19]): in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur. Daher muß jeder andere Testirer, der kein rechtmäßiger väterlicher Ascendent des Pupillen ist, auch der natürliche Vater, so wie die Mutter, die unmündigen Kinder zu Erben einsetzen, oder ihnen sonst ein Vermögen hinterlassen, denen sie einen Vormund im Testament bestellen wollen, wenn er von der Obrigkeit confirmirt werden soll. Denn nun erfordert es die Billigkeit, daß der Tutor confirmirt werde, damit der Testirer nicht getäuscht werde, welcher dem Pupillen sein Vermögen vielleicht nicht hinterlassen haben würde, wenn er nicht zugleich für die treue Verwaltung und Erhaltung dieser Güter durch Bestellung eines sichern Vormundes hätte sorgen dürfen [20]).

18) §. 5. *J. de tutelis.*

19) *L. 4. D. de testam. tut.*

20) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. V. Responsor. Papiniani ad L. 6. D. de confirm. tut. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 188.) *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 711. sqq. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. In matre. (*Opp.* Tom. II. pag. 544.) *Jos.* Finestres et de Monsalvo Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm.

Es ist jedoch noch ein Unterschied merkwürdig, den die Gesetze zwischen der Mutter und einem testator extraneus machen. Bey der Mutter kommt es nicht darauf an, ob die Kinder, denen sie in ihrem Testamente einen Vormund ernennt, außer dem Vermögen, welches sie ihnen hinterläßt, auch noch eigenes Vermögen haben, oder nicht. Ein extraneus hingegen kann einem Pupillen nur dann einen Vormund im Testamente ernennen, wenn dieser sonst kein Vermögen besitzt, als was ihm der Testirer hinterlassen hat. Paulus macht dieses in den Worten der *L.* 4. *D. h. t.* et *extra ea* nihil in bonis habeat pupillus, zur ausdrücklichen Bedingung, unter welcher non male dicetur, iudicium eius sc. *extranei* sequendum esse, welches, wie Anton Faber [21]) bemerkt, den Grund hat: quia sicut absurdum esset, velle illum dare legem administrationi bonorum, quae aliunde, quam a se, pupillus haberet, ita et illud absurdius, tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat. Was jedoch von der Mutter gilt, muß auch wohl von dem natürlichen Vater gelten, weil die Gesetze [22]) von diesem weiter nichts fordern, als daß er dem Kinde Etwas hinterlasse, oder sonst zuwende.

Noch pflegen mehrere Rechtsgelehrten [23]) bey der obrigkeitlichen Bestätigung cum inquisitione zu unter-

tut. §. 3. pag. 534. und Herm. VULTEJUS Commentar. in Institut. ad §. 5. J. de tutel. nr. 9. et 10. pag. 106.

21) Cit. loc. pag. 712. Man sehe auch FINESTRES *et de* MONSALVO c. l. §. 4. pag. 534. sq.

22) *L.* 7. *D. h.* t. *L. ult. Cod. eodem.*

23) *Jo.* VOET Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. et 4. THIBAUT Syst. des Pandecten Rechts I. B. §. 504.

scheiden zwischen derjenigen, welche cum satisdatione, und welche sine satisdatione geschieht. Soviel ist richtig, daß der von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten bestellte, und von der Obrigkeit ohne Inquisition bestätigte Vormund, auch von der Cautionsleistung frey sey. Julian sagt *libro XXI. Digestorum* [24]) ausdrücklich: Qui a PATRE tutor scriptus est aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si *ex testamento* tutor esset, id est, *ut satisdatio ei remittatur;* und Justinian führt in seinen Institutionen [25]) zum Grunde an: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Allein bey der Confirmation cum inquisitione unterscheidet man folgendermassen.

1) Der von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund, werde zwar cum inquisitione, aber ohne Satisdation [26]);

2) der von andern Personen bestellte Vormund aber werde erst nach vorgängiger Untersuchung und Satisdation bestätiget, sofern das Kind sonst keine Güter hat [27]).

Ist es jedoch wahr, was Justinian in seinen Institutionen [28]) sagt: *Ex inquisitione* tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, *quia idonei electi sunt*; so kann mit einer confirmatio *cum inqui-*

HUFELAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1609.

24) *L. 3. D. h. t.*

25) *Princ. J. de Satisdat. tutor. vel curator.* (I. 24.)

26) *L. 2. L. 7. L. 11. D. h. t. L. 1. C. eodem.*

27) *L. 26. §. 2. D. de testam. tut. L. 4. et L. 5. D. h. t.*

28) *Pr. J. de satisdat. tutor. vel. curator.*

sitione keine Satisdation verbunden seyn. Paulus [29]) gedenkt auch der Satisdation mit keinem Worte da, wo er von dem Falle spricht: Si *patronus*, vel *quivis extraneus* impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit. Und Papinian *libro XI. Quaestionum* [30]) sagt ausdrücklich: Si curator patronus petatur, *fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis*. Daher interponirte auch, wie eben dieser römische Jurist sagt [31]), der Prätor das Confirmations-Decret nicht eher, quam tutoribus *per inquisitionem* idoneis pronuntiatis. Nun spricht zwar dennoch Papinian von einer Verantwortlichkeit des Magistrats, welcher von den von ihm bestätigten Tutoren Caution bestellen zu laßen unterlassen hatte. Es heißt nämlich in der *L. 5. D. h. t.*

Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare. Hi cautionem quoque accipere debuerunt: nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratus excusat. — Unde sequitur, ut si tutelae tempore solvendo non fuerunt: in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

Allein es ist daselbst die Rede von Municipal-Obrigkeiten, welche man *magistratus* schlechtweg, ohne den Zusatz populi Romani nannte [32]). Diesen hatte der Prätor aufgetragen, die Vormünder zu bestätigen, welche

29) *L. 4. D. h. t.*

30) *L. 13. in fin. D. de tutorib et curator. datis.*

31) *L. 5. D. h. t.*

32) Tit. Dig. *de magistratibus conveniend.* (XXVII. 8.) S. Hugo Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 702. Z. 15. der 8. Aufl.

der Vaters Bruder, qui *iure* tutores dare non potuit, in seinem Testamente bestellt hatte. Daß Municipal-Obrigkeiten das Recht hatten, Vormünder zu bestellen, ist außer Zweifel [33]. Daß ihnen also auch der Auftrag ertheilt werden konnte, Tutoren zu bestätigen, ist eben so gewiß. Eine Aufforderung vom Prätor oder Präses war auch hier gewöhnlich [34]. Diese Municipal-Obrigkeiten hatten aber nicht die Gewalt, welche die magistratus maiores, der Prätor, oder der Präses der Provinz, hatten. Sie konnten daher solche Geschäfte, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, wie Paulus *libro I. ad Edictum* [35]) sagt, nicht vornehmen, und folglich auch Vormünder ex inquisitione nicht bestellen oder bestätigen, sondern immer nur cum satisdatione, statt daß bey den magistratus majores, welche ein imperium hatten, die Inquisition die Stelle der Satisdation vertrat. In dem Falle, von welchem Papinian in der *L.* 5. spricht, hatten nun die Municipal-Beamten vergeßen, von den Tutoren, welche der patruus in seinem Testament bestellt hatte, bey deren Bestätigung die erforderliche Caution leisten zu lassen. Nun fand sich's, daß die Tutoren tutelae tempore, d. h. zur Zeit der geendigten Tutel, nicht solvent waren. Da die magistratus ihre Nachläßigkeit mit nichts zu entschuldigen vermoch-

33) *L.* 3. *D. de tutorib. et curator. datis. L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertyll.* S. *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 20. pag. 93.

34) *L.* 46. §. 6. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L.* 1. §. 6. *D. de magistrat. conveniend.* §. 4. *J. de Atiliano tutore.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XV. cap. 19. circa fin.

35) *L.* 26. *D. ad Municipalem.* S. Roth c. l. §. 21.

ten, so hafteten sie billig für den Rechnungs-Defect der Vormünder, und die Klage gegen sie war vollkommen begründet. Mit Recht sagt daher Cujaz [36]), es sey in Absicht auf Cautionsleistung kein Unterschied, die Confirmation sey ohne, oder mit Inquisition geschehen. Daß Tutoren, welche ex inquisitione bestätiget werden, keine Caution leisten dürfen, lehrt auch Hugo Donellus [37]), und Gerhard Noodt [38]) hat aus der L. 5. richtig bewiesen, daß die Satisdation nur den Mangel der Inquisition in dem Falle ersetze, wo sie nöthig war. Es ist daher ein offenbarer Irrthum, wenn einige [39]) behaupten wollen, beym Vaters-Bruder sey es etwas Besonders, daß wenn derselbe seinem Neffen einen Vormund ernannt hat, dieser nur mit Satisdation bestätiget werde. Richtiger unterscheiden andere [40]) nach dem Röm. Rechte, zwischen magistratus maiores und minores. Bey dem erstern war die confirmatio ex inquisitione hinreichend, letztere aber konnten nur cum satisdatione confirmiren.

§. 1311. a.

Bleibt der bestätigte Vormund ein testamentarischer, oder ist er für einen Dativ-Tutor zu halten?

Es entsteht nun hier noch die sehr bestrittene Frage,

36) Comment. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. de confirm. tut. (*Oper. postum.* Tom. I. p. 311 sqq.)

37) Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 18. (Vol. II. edit. *Norimb.* 1805. 8. pag. 55.)

38) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Sunt, qui putent.* p. 545.

39) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. § 634.

40) *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 5. Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 299. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 659.

ob ein obrigkeitlich bestätigter Vormund ein testamentarischer bleibe, oder nicht vielmehr durch die Confirmation in einen Dativ-Vormund verwandelt werde? Die Meinungen sind hier sehr verschieden. Nach einigen bleibt der bestätigte Vormund ein testamentarischer [41]. Nach andern [42] wird er zu den Dativ-Vormündern gezählt. Andere [43] nehmen eine aus der testamentarischen und Dativ-Tutel gemischte Art der Vormundschaft an. Noch andere [44] unterscheiden, ob der Vormund von einem solchen

41) Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 17. et 18. Maranus Paratitl. Digest. h. t. Vinnius Comment. ad §. 5. J. de tutelis. *Hub.* Giphanius Antinomiar. iuris civ. s. Disputation. ad Institut. Lib. I. Disp. V. nr. 12. pag. 84. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 4. Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 300. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 6. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 633. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 735. a. E.

42) *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. cap. 7. et ad L. 5. D. h. t. Lib. XI. Quaest. Papin. (*Opp. postum* Tom. I. pag. 311.) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Jo.* Voet Comm. ad Pand h. t. §. 1. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. § 6. und Thibaut Syst. des Pand. R. §. 504. a. E.

43) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Illud quaeritur.* pag. 544. *Helfr. Ulric.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 8. pag. 193 — 196. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. h. t. §. 2. *Henr. de* Cocceji Jur. civ. controv. P. II. h. t. Quaest. un. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Bd. IV. Buch §. 156.

44) *Reinh.* Bachov Not. et Animadversion. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. D. ad verba: *Et*

Testirer ernannt worden, welcher nach den Gesetzen das Recht hat, einen testamentarischen Vormund zu bestellen, z. B. von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten, oder ob die Ernennung des Vormundes von einem Andern geschehen sey, dem dieses Recht nach den Gesetzen nicht zustand, z. B. von dem natürlichen Vater des Pupillen, oder von der Mutter, oder von einem extraneus. Im ersten Falle, wo die Confirmation schlechthin geschieht, sey der bestätigte Vormund zu den testamentarischen, in dem letztern aber, wo eine Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjects erfordert wird, sey er zu den Dativ-Vormündern zu rechnen.

Unter diesen so verschiedenen Meinungen verdient unstreitig die erstere, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten beystimmen, den Vorzug. Daß der bestätigte Vormund ein testamentarischer bleibt, die Bestätigung sey mit oder ohne vorgängige Untersuchung geschehen, sieht man schon daraus, weil in beyden Fällen gesagt wird: Praetor, qui confirmat tutorem, *defuncti sequitur iudicium.* So spricht Paulus *libro VII. Quaestionum* [45]). Den Willen des Testirers muß aber die Obrigkeit bestätigen. Paulus sagt *libro singulari de Excusationibus tutelarum* [46]) ausdrücklich: non male dicetur, *iudicium eius sequendum esse*, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita

hic tutor magis. pag. 407. sq. und *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani libros Epitomar. Commentar ad §. 1. L. 7. D. de confirm. tut. §. 2. — 5. pag. 540. sq.

45) *L. 32. D. de excusat. tutor.*

46) *L. 4. D. h. t.*

dilexit, ut eum heredem institueret. Hier ist zwar vom Patron, so wie von jedem andern extraneus die Rede, der den Pupillen zum Erben eingesetzt, und ihm einen Vormund bestellt hat. Dasselbe muß aber noch vielmehr vom Vater gelten, von dem der Kaiser Alexander[47]) sagt: *voluntatem patris* in constituendis tutoribus et curatoribus a iudice *servari solere*, ad cuius officium haec res pertinet[48]). Schon die Erklärung des Ausdrucks *confirmare tutorem* setzt die Richtigkeit dieser Meinung ausser Zweifel. Denn *confirmare* heißt in den Gesetzen des Römischen Rechts[49]) nichts anders, als eine an sich ungültige Handlung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Fehlers, dergestalt bey Kräften erhalten, als wenn sie auf eine gesetzmäßige Art geschehen wäre[50]). Also einen Vormund confirmiren heißt soviel, als eine an sich ungültige Vormundschaftsbestellung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Mangels, erhalten, und dasjenige, was an dem Willen des

47) *L.* 2. *C. h. t.*

48) Man vergleiche noch *L.* 4. *D. de testam. tut. L.* 1. §. 2. *L.* 6. *D. h. t.* woraus zu ersehen ist, daß das solere in der *L.* 2. *C. h. t.* für debere genommen werde. S. *Christ. Gottl.* HAUBOLD Opusc. academ. Vol. I. pag. 366.

49) *L.* 29. *L.* 38. *D. de adoption. L.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt. L.* 38 §. 6. *D. ad L. Jul. de adult.* S. HEINECCII Diss. de suprema Princip. magistratuumque tutela. §. 20. (*Opusculor. varior. Syll.* pag. 723.)

50) In dieser Bedeutung wird das Wort *confirmare* auch von den nichtjuristischen Classikern gebraucht. S. z. B. CICERO Orat. *ad populum et equites Roman. antequam iret in exilium.* Cap. 7. (*Opp.* CICER. P. V. p. 3331. edit. VERBURG. *Amstel.* 1724. 8.) et Orat. *pro domo et Pontific.* cap. 18. (*Opp.* P. IV. pag. 2266.)

Testirers, nach Vorschrift der Gesetze, fehlt, dem Willen desselben gemäß, durch obrigkeitliche Auctorität dergestalt ergänzen, als ob die Ernennung des Vormundes im Testamente selbst gültig geschehen wäre [51]). Nicht nur Modestinus sagt dieses in den Worten der *L. 1. §. 1. h. t.* Constitutiones permiserunt, *quod deest, consulari potestate suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari;* sondern auch Julian bestärkt *libro XXI. Digestorum* jene Bedeutung noch deutlicher, wenn er *L. 3. D. h. t.* sagt: Qui a patre tutor scriptus est, aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: *confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si* EX TESTAMENTO *tutor esset*, id est, ut satisdatio ei remittatur. Ist also nach diesen Gesetzstellen der bestätigte Vormund so anzusehen, als ob er im Testamente gültig zum Vormund wäre ernannt worden, ist er tutor *ex testamento*, so kann er ja nicht tutor dativus seyn. Denn *ex testamento patris* und *ex decreto Praetoris* auctoritatem accipere setzt Papinian *L. 26. in fine D. de testam. tut.* einander entgegen. Daher geht auch der bestätigte Vormund dem gesetzlichen vor. Noch mehr aber wird man sich davon überzeugen, wenn man erwägt, daß ein bestätigter Vormund, wenn er sich excusirt, des Vermächtnisses verlustig wird, welches ihm in dem Testamente war hinterlassen worden; von dieser Strafe hingegen wird ein Dativ-Tutor darum freygesprochen, weil dieser durch die Excusation nicht gegen den Willen des Testirers, als welcher ihn nicht zum Vormund bestellte, gehandelt hat. So respondirte Paulus *libro VII. Quaestionum* nach

51) S. HAUBOLD Diss. de tutore incerto. §. 5. (*Opuscul.* Vol. I. pag. 366.)

der Meinung des Scävola, woraus die merkwürdige *L.* 32. *D. de Excusationib.* genommen ist, welche so lautet.

Nesennius Apollinaris Julio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aeque pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se a tutela. Quaero an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excuset se, an aeque repellendus sit a legato: et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi: qui non iure datus sit vel tutor, vel curator *a patre*, confirmatus a Praetore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato, idque et Scaevolae [52]) nostro placuit: *nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium.* Idem *in matris testamento* dicendum est.

52) Die Meinung des Scävola ist ausgesprochen in der *L. ult. D. h. t.* welche aus dessen *Libro XX. Digestorum* genommen ist. Avia nepotibus curatorem dedit, *fideicommisso ei relicto*; quaesitum est, an administrare curator compelli debeat? Respondit, curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet: nisi id, quod ei datum esset, nollet petere, aut reddere esset paratus. Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat? Respondit, quasi curatorem non debere; sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere.

Similis est matri *quivis extraneus*, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit: quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quodque idem dedit, repelli debere.

Hiermit ist noch die *L.* 34. *D. eodem* zu verbinden, welche aus demselben *libro VII. Quaestionum* Pauli genommen ist, und die Fortsetzung enthält.

Ex eis apparet, non esse his similem eum, *quem Praetor tutorem dedit*, quum posset uti immunitate: *hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris*, nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus.

Wie könnte nun der bestätigte Vormund dem Willen des Testirers durch die Excusation zuwider handeln, wenn er nicht tutor ex testamento, sondern dativus wäre? Unde cessat hac in causa illud, sagt daher mit Recht der unsterblich verdiente Haubold [53]), quod *argum. L.* 3. *D. de confirm. tut.* vulgo dicitur, tutores ex inquisitione aut satisdatione confirmatos aequiparari dativis; siquidem dativi immunes sunt a poena excusationis, confirmati secus. Und es hat keinen Zweifel, wenn Bachov [54]) sagt, der bestätigte

53) Diss. Quatenus tutor excusatione usus legatum adscriptum amittat? §. 3. (in *Opuscul. academ.* Vol. I. p. 385.)

54) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. VIII. Th. 2. Lit. D. pag. 407. Man sehe auch vorzüglich *Jo. God.* Krause Diss. de eo, quod iustum est circa tutelam maternam (*Vitemb.* 1724.) §. 37.

Vormund gehe ohne Unterschied, die Bestätigung sey ex inquisitione geschehen, oder nicht, den gesetzlichen Vormündern, und selbst der Mutter und Großmutter vor. Es erhellet dieses auch ganz klar aus der Verordnung des Kaisers Justinian *L. ult. C. Quando mulier tutelae officio fungi potest*, (V. 35.) wo es heißt, wenn der Vater seinen natürlichen Kindern in dem Vermögen, welches er ihnen hinterlassen, keinen Vormund gesetzt hat; so soll die Mutter zur Vormundschaft derselben, wenn sie solche übernehmen will, auf gleiche Art, wie bey ehelichen Kindern, zugelassen werden. Der testamentarische Vormund würde also die Mutter ausschließen. Daß aber ein solcher Vormund von der Obrigkeit bestätiget werden müßte, sagt Justinian selbst *L. ult. C. h. t.* und *Nov. LXXXIX. Cap.* 14. Daher spricht auch Justinian in der *Nov. CXVIII. Cap.* 5. ganz allgemein: *testamentariis solum tutoribus eas praecedentibus*, ohne zwischen bestätigten und nicht bestätigten Vormündern einen Unterschied zu machen; und fügt den Grund hinzu: *Nam defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.* Diesen Willen erhält ja aber die Obrigkeit durch die Bestätigung des Vormundes bey Kräften. Daher sind auch wohl die Titel der Pandecten und des Codex de confirmando tutore dem Titel de testamentaria tutela als Ergänzung angehängt, und den Titeln de legitimis und de dativis tutoribus vorgesetzt, zum Beweis, daß die bestätigten Tutoren zu keinen der beyden letzteren gehören. Unser Hellfeld nennt sie tutores *quasi testamentarii*, und Joh. Ortwin Westenberg [55]) lehrt in seinen Pandecten, daß die obrigkeitlich bestätigte Tutel eher eine *testamentaria impropria*, oder *Quasi talis*, als *dativa* zu nennen sey.

55) **Princip. iuris sec. ord. Digest. s. Pand. h. t. §. 3.**

Wenn wir jedoch die bestätigten Vormünder zu den testamentarischen rechnen, so setzen wir voraus, daß ihre Bestätigung in einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhte, (confirmatio necessaria) und dem Willen des Testirers gemäß erfolgen mußte. Denn ein solcher Vormund, den die Obrigkeit aus eigener freier Willkühr confirmirt hat, ohne daß eine rechtliche Nothwendigkeit dazu vorhanden war, und wo sie auch eben so gut, mit Uebergehung desselben, einen andern Vormund hätte setzen können, ist für einen bloßen Dativ-Tutor zu halten [56]. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn das Testament, worin der Tutor ernannt worden ist, durch richterliches Urtheil, seinem ganzen Inhalte nach, aufgehoben worden, oder wenn Niemand aus demselben die Erbschaft angetreten hat, so daß es mit allem, was darin verordnet worden, zu Grunde gegangen ist [57]; oder wenn das Testament durch die Agnation eines postumus rumpirt worden ist [58]. Hier kann zwar die Obrigkeit dennoch den vom Vater im Testament ernannten Vormund, wegen der für ihn streitenden günstigen Meinung des Vaters, bestätigen, und Scävola [59] hält dieses auch für commodissimum; aber eine rechtliche Nothwendigkeit erfordert dieses nicht [60]. In diesem Falle ist es wahr, wenn Pa-

56) S. VINNIUS Comm. ad §. 5. J. de tutelis in fin.

57) *L.* 9. *D. de testam. tut.*

58) *L.* 31. *D. eodem.* *L.* 58. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor.*

59) *L.* 31. *cit.*

60) Von einem solchen Falle einer mit dem Testamente zu Grunde gegangenen Tutel ist auch wohl, seinem Inhalte nach, die *L.* 3. *C. h. t.* zu verstehen.

pinian [61]) sagt, es komme, wenn in einem Falle, wo über die Gültigkeit des Testaments gestritten wird, und der Vormund vor der Hand zur Führung des Processes bestätiget worden, auf den Ausgang des Processes an, utrum tutor *ex testamento patris*, an *ex decreto Praetoris* auctoritatem acceperit.

§. 1311. b.

Wirkung der obrigkeitlichen Bestätigung nach dem Röm. Rechte.

Erst mit erfolgter Confirmation tritt nun zwar bey einer unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft die Verbindlichkeit zur Uebernehmung derselben ein, und die Delation wird dadurch vollkommen. Von dieser Zeit an beginnt auch erst das periculum, d. h. die Verantwortlichkeit wegen vernachläßigter Administration. Solange also das Confirmations-Decret nicht ertheilt ist, und der Tutor noch keine Wissenschaft davon erhalten hat, braucht er sich in die Verwaltung der Tutel nicht einzumischen. Hat er es dennoch gethan, so hat wegen dessen, was er vor der Confirmation verwaltet hat, nicht die actio tutelae, sondern die actio negotiorum gestorum, oder die protutelae actio Statt. Einer Nachlässigkeit hätte er sich jedoch im Unterlassungsfalle nicht schuldig gemacht, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 40. D. de administr. et periculo tutor. et curator. PAPINIANUS *libro VI. Responsorum.* Impuberi filio centurio curatorem dedit. *Decreto Praetoris non secuto*, si nihil curator datus administret: *periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur.*

61) *L. 26. §. ult. D. eodem.*

L. 58. §. 2. D. eodem tit. Scaevola *libro IX. Digestorum.* Testamento dati tutores, *quod ruptum videbatur,* cessaverunt in administratione tutelae: et a Praeside tutor datus est pupillo. Jussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare, coniuncto eo, qui a Praeside datus, coeperat administrare [62]). Quaesitum est, ad ex testamento datos periculum antecedentis temporis administrationis, utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos *)? Respondit, *ad eos, de quibus quaereretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere.*

L. 1. C. de testam. tut. Impp. Severus et Antoninus. Quem dicis tibi tutorem in testamento patronae datum, si administrationi se non immiscuit, nulla actione tibi tenetur: neque enim iure datus tutor fuit. Quod si administraverit sponte res tuas, experiri adversus eum *actione negotiorum gestorum* potes.

L. 4. C. eodem. Imp. Alexander. Mater te-

62) Denn der vom Richter, vor erlangter Kenntniß einer andern Bestellung, ernannte Vormund behält sein Amt, wie aus *L. 3. C. h. t.* erhellet, wo Kaiser Alexander rescribirt: Si, (ut proponis) pupillo, cuius meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit, et, priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cuius interest, (oder wie Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Illud quaeritur lesen will: *cuius iurisdictio est,*) dati sunt, id quidem, *quod iure gestum est, revocari non potest.* An autem, *qui iudicium patris habent,* curatores eidem pupillo constitui debeant, aditus competens iudex perspectis utilitatibus eius aestimabit.

*) S. Brenkmann Not. 98. der Gebauer. Ausg.

stamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: *protutelae actione* tenentur.

Es fangen ferner bey einem confirmirten Vormunde die zur Excusation bestimmten Zeiten erst von da zu laufen an, da die Confirmation erfolgt war.

L. 1. C. h. t. ALEXANDER A. Testamento matris tutores dati, *excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctae,* et quidem inquisitione habita, *dati fuerint.*

L. 2. C. eodem. IDEM A. Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, servari solet. *Secundum quae vereri non debes, ne tempus, antequam confirmareris, tibi cesserit.*

Dieses hat nun zwar die bestätigte testamentarische Tutel mit der dativa allerdings gemein[63]; dieß kann aber die Natur derselben nicht ändern, da es bloß rechtliche Folge der Confirmation ist, wie Julian selbst *L. 3. D. h. t.* sagt.

63) S. Schweppe römisches Privatrecht §. 735. a. E. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. Buch. §. 156.

§. 1312.

Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten.

Das deutsche Recht weicht von den Grundsätzen des Römischen Rechts darin ab, daß nicht blos testamentarische Vormünder, welche nicht auf eine vollkommen gesetzmäßige Art ernannt worden sind, sondern alle Vormünder ohne Ausnahme, also auch die testamentarischen, wenn gleich ihre Ernennung von einem väterlichen Ascendenten auf eine nach den Vorschriften des Römischen Rechts vollkommen gültige Art geschehen ist, so wie die gesetzlichen Vormünder, welche nach dem Röm. Rechte eigentlich keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen, nach Vorschrift der deutschen Reichsgesetze [64]) durch ein Decret der competenten Obrigkeit, und zwar nach vorgängiger Untersuchung, bestätiget werden müssen. Man nennt dieß die **Vormundschaftsbestätigung nach deutschem Rechte** [65]), (*confirmatio germanica*, seu *ex iure Germanico*), welche sich auf das Recht der **Obervormundschaft** gründet, und immer mit einer Untersuchung über die Fähigkeit des Vormundes und die demselben etwa ent-

64) **Reichs-Policey-Ordn.** vom J. 1548. Tit. XXXI. §. 2. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 2. (in der neuen Samml. der Reichs-Abschiede. **Frankf.** a. M. 1747f. 2. Th. S. 603. und 3. Th. S. 394.)

65) S. von **Lyncker** Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 11. S. 27. f. Heineccius de suprema Principum Magistratuumque tutela §. 21 sqq. (*Opusc. varior. Syll.* Exerc. XIX. pag. 724. sqq.) von **Wening-Ingenheim** Lehrbuch des Civilrechts a. a. O. §. 147. und **Mittermaier** Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 2. Abth. §. 369.

gegen stehenden Hinderniße verbunden ist [66]). Es ist wohl unstreitig eine ganz unrichtige Ansicht [67]), wenn man diese deutsche Vormundschaftsbestätigung so hat nehmen wollen, als ob dadurch der römisch-rechtliche Unterschied der Vormünder aufgelößt sey, und also in Deutschland nur eine Art der Vormundschaft gelte, die Dativ- oder obrigkeitlich bestellte Vormundschaft. Nein, auf den Grund des Anfalls der Vormundschaft hat sie keinen Einfluß, sie ist nur dazu nöthig, um die Tutel verwalten zu können. Denn solange der Vormund nicht von der zuständigen Obrigkeit mittelst eines Decrets, welches man tutorium oder curatorium zu nennen pflegt, bestätiget worden ist, darf er sich in die Verwaltung der Vormundschaft nicht einmischen, sonst handelt er nichtig, es müßte denn entweder Abwendung einer Gefahr von dem Vermögen des Pupillen, oder Gewährung eines bedeutenden Vortheils dieses voreilige Eingreifen entschuldigen [68]). In den angeführten Reichsgesetzen [69]) heißt es ausdrücklich:

66) S. von Lynker a. a. O. §. 12. und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. S. 182.

67) *Jo. Pet. de* Ludewig Different. iur. R. et G. in tutelis testamentaria et legitima. Diff. XII. not. tt. (in *Opusc. miscellan.* Tom. II. pag. 1107.) und Desselben Different. J. R. et G. in tutela Attiliana. Diff. 2. (*Opusc.* pag. 1166.) Heineccius Exercit. cit. §. 22. (*Opusc.* pag. 725. sq.) von Lyncker angef. Abhandlung. 1. Th. §. 11. S. 28. Man sehe dagegen *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 49. et 50.

68) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 4. von Lynker a. a. O. §. 11. S. 29. und Ayrer cit. Diss. §. 18. in fin.

69) Daß aber die obrigkeitliche Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten viel älter sey, und daß sich davon

„Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen."

Von dem Rechte zur Verwaltung unterscheide man aber das Recht des Anfalls, dieses entsteht nicht blos aus einem Decret der Obrigkeit, sondern kann auch noch jetzt aus einem Testamente, oder aus den Gesetzen, ja sogar aus Verträgen entweder mit dem Vater, oder auch aus Familien-Verträgen entstehen. Dieses Recht zur Tutel wird auch selbst in den angeführten Reichsgesetzen anerkannt. Denn in der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. §. 1. wird verordnet:

„daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder dazu tüglich und geschickt wären, gegeben werden sollen."

Man sieht hieraus, daß das in jener Stelle des Gesetzes verordnete Decerniren und Befehlen, wodurch sich die heutige obrigkeitliche Bestätigung des Vormundes

schon deutliche Spuren bey Marculf, ferner in den Gesetzen der Westgothen, der Longobarden, und in der Glosse des Sächsischen Weichbildes finden, hat Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 63. sq. gezeigt.

ausspricht, nicht die Bestellung des Vormundes selbst ist. Nein, diese geschieht, wie das Gesetz sagt, durch Testament, Gesetz, oder durch den Richter [70]).

Der vertragsmäßigen Vormundschaft geschieht zwar hier keine Erwähnung; allein es ist schon oben gezeigt worden, daß sie deutschen Ursprungs sey. Sie muß daher so gut, wie jede andere Vormundschaft, durch ein Decret der Obrigkeit bestätiget werden [71]).

Auch noch jetzt unterscheidet man also die verschiedenen Arten der Vormundschaften nach dem Grunde der Delation [72]). Diese begründet ein Recht zur Tutel, welches noch jetzt der Richter anzuerkennen hat. Die Obrigkeit darf daher einen testamentarischen, oder gesetzlichen, oder vertrags-

70) S. das Archiv für die civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 1. Band. Nr. XXVII. S. 400. f.

71) S. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXVIII. medit. 20. Ayrer Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 13. de Selchow Elem. iuris German. priv. hod. §. 513. und *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 170. Not. a.

72) S. *Mich.* Grassus Collation. iuris civ. Rom. cum Recessib. Imp. Rom. Germ. Sect. I. §. 7. pag. 35. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. VII. §. 3. *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. *Haubold. Eiusd.* Resolution. Legg. obstantium. h. t. pag. 564. sq. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 649. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 515. und Schmalz Lehrb. des teutschen Privatrechts. §. 505.

mäßigen Vormund nicht nach Gefallen übergehen oder zurückweisen, und einen andern bestellen, sondern sie muß ihn bestätigen, wenn sie keinen erheblichen Grund hat, ihm die Bestätigung zu versagen [73]). Nur die Ausübung dieses Rechts, die Uebernehmung der Vormundschaft, hängt von der Bestätigung ab. Diese Bestätigung ist also vollendet, sobald die Obrigkeit den Vormund durch das tutorium zur Thätigkeit ermächtiget [74]).

Da die deutschen Reichsgesetze den Vormündern nur blos verbieten sich der Vormundschaft zu unterziehen, bevor ihnen die Verwaltung durch ein Decret der zuständigen Obrigkeit übertragen worden ist; so behaupten mehrere Rechtsgelehrten [75]), daß tutores honorarii so wenig, als tuto-

73) S. Ludw. Jul. Fried. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 185. und Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 7. Bd. §. 627. lit. A.

74) Gensler behauptet jedoch im Archiv für die civilistische Praxis 1. B. Nr. XXVII. S. 401. daß die Obrigkeit ihre Genehmigung auch stillschweigend durch Connivenz und positive Facta aussprechen könne. Z. B. Sie ließ geschehen, daß sich der von dem Vater des Pupillen ernannte Vormund unter ihren Augen als Vormund gerirte, ließ sich auch von demselben Rechnung stellen. Dieses könne die Stelle des Decernirens und Befehlens vertreten. Das Gesetz gedenke wenigstens der Förmlichkeit eines schriftlichen Decrets mit keinem Worte. Allein sollte nicht schon das Decerniren auf eine Form hindeuten? Es muß ja auch die Bestätigung praevia inquisitione geschehen, und wie unsicher würde hier der Anfang der Hypothek des Pupillen seyn? Eine seit langer Zeit geführte Verwaltung soll jedoch wenigstens die Vermuthung begründen, tutori legitime decretam fuisse administrationem. S. Stryk Us. mod. h. t. §. 17.

75) Lauterbach Diss. de honorario tutore. Cap. III. §. 21.

res notitiae causa dati, einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften, weil sie an der wirklichen Verwaltung der Vormundschaft keinen Theil nähmen. Allein diese Meinung ist mit Grund zu verwerfen [76]. Denn beyde sind wahre Vormünder, welche eben so, wie die administrirenden Vormünder, durch Testament, Gesetz, Verfügung der Obrigkeit, und h. z. T. auch durch Vertrag entstehen können [77]. Beyde haften dem Pupillen, wenn sie ihr Amt nicht treu verwalten, und zwar erstere in subsidium, wenn sie es an sorgfältiger Aufsicht über die verwaltenden Vormünder haben mangeln lassen [78]; letztere sogar zunächst, wenn sie die gerirenden Vormünder in solchen Angelegenheiten des Mündels, von denen sie hinlängliche Kenntniß hatten, mit Rath und Belehrung zu unterstützen unterließen [79], von denen daher Paulus [80] sagt: eos *propter rerum notitiam* perinde in omnibus *administrationis iure conveniri posse*, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt. Wie könnten nun diese rechtlich belangt werden,

Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 6. und Ayrer Diss. cit. §. 15.

76) S. *Augustin.* a Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX. Corol. 2 pag. 473. von Lynker von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 23. Munz Diss. de auctoritate tutoris honorarii. §. XIX. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 7. Bd. §. 624. Nr. V. S. 147.

77) S. §. 1304. S. 178. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band. IV. Buch. §. 147.

78) *L.* 3. §. 2. *D. de administr. tutor.*

79) *L.* 1. *Cod. de peric. tutor. et curat.* (V. 38.)

80) *L.* 32. §. 1. *D. de testam. tut.* S. oben §. 1304. S. 193.

wenn sie nicht obrigkeitlich bestätiget worden, da sich nach ausdrücklicher Vorschrift jener deutschen Reichsgesetze kein Vormund der Vormundschaft, ohne zuvor erhaltenes Decret der Obrigkeit, unterziehen soll?

Aus allem erhellet nun soviel, daß die *confirmatio tutorum* nach unsern deutschen Rechten einen ausgedehntern Begriff hat, als nach dem Röm. Rechte. Sie ist bey uns eine Verfügung der Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundschaft, nach vorhergehender Untersuchung, mittelst eines Decrets, autorisirt wird [81]). Die bloße Vorzeigung eines Testaments, oder Vertrags, mittelst dessen Jemand zum Vormund bestellt worden, reicht zur Legitimation eines Vormundes eben so wenig hin, als die bloße Berufung auf das Verwandtschaftsrecht, sie kann nur durch das obrigkeitliche Confirmations-Decret, — *Tutorium* — bewirkt werden [82]). Das bloße Ansuchen um die Bestätigung, bey der tutela testamentaria, oder pactitia, oder legitima, ist also noch nicht hinlänglich, um sich der Vormundschaftsverwaltung wirklich unterziehen zu können; nein, es muß die Confirmation selbst, durch Ausfertigung des erforderlichen tutorii oder curatorii, wirklich erfolgt seyn [83]).

81) S. Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. Ad. 2. S. 182.

82) Lauterbach colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 6. Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. *Haubold*. Leyser Meditation. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 3. und Danz im angef. Handbuche. 7. B. §. 627. A. S. 155.

83) S. von Kreittmayr's Anmerkungen zum Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 9. S. 427.

Nach der Strenge des Rechts kann zwar, bis zur erfolgten wirklichen Bestätigung, der zur Verwaltung schreitende Vormund nur als Protutor behandelt werden. Daher findet wegen dessen, was der Vormund gerirt hat, gegen ihn nicht die actio tutelae, sondern protutelae statt [84]). Man wird aber auf diesem Wege zu dem nämlichen Ziele gelangen, weil nach dem Römischen Rechte die Protutoren und wahre Tutoren in Ansehung der Verbindlichkeits-Verhältnisse, welche in dem Reichsgesetz nicht abgeändert sind, einander gleichstehen, ja der noch nicht bestätigte, aber durch Testament, oder Gesetz berufene Vormund, dem verus tutor noch weit näher ist, als der Protutor [85]).

§. 1312. a.

Findet noch jetzt ein Unterschied zwischen einer vollkommenen und unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft Statt?

Wenn unser Hellfeld lehrt, daß zwischen einem tutor testamentarius legitime und minus legitime datus in Ansehung der Confirmation kein Unterschied Statt finde; so hat Samuel Stryk [86]) schon längst das Gegentheil gezeigt. Der Unterschied zeigt sich noch jetzt besonders darin, 1) daß der nicht gültig ernannte testamentarische Vormund nicht verbunden ist, um seine Bestätigung bey der Obrigkeit zu bitten; dahingegen die tutores legitime

84) *L. 1. L. 4. C. de testam. tut.*

85) S. Archiv für die civilistische Praxis. 1. B. S. 399.

86) Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Man sehe auch Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 7. vorzüglich aber Höpfner im Commentar über die Heineccіussischen Institutionen. §. 185. Not. 4.

testamento dati, eben so, wie die tutores legitimi, um ihre Bestätigung nachsuchen müssen, sobald sie erfahren haben, daß ihnen die Vormundschaft deferirt worden sey, sonst haften sie für allen dem Pupillen aus der Zögerung erwachsenen Schaden [87]. 2) Der tutor testam. imperfecte datus, ist weder befugt noch verbunden, sich einiger Verwaltung zu unterziehen, und steht für keinen Schaden, wenn er sich auch gar nicht gemeldet hat; die Verantwortlichkeit desselben beginnt erst mit der Confirmation [88]. Allein der vollkommen ernannte testamentarische Vormund, so wie auch der gesetzliche, müssen sich auch noch vor der Confirmation solchen Geschäften unterziehen, wo Gefahr bey dem Verzuge ist [89]. 3) In den angeführten deutschen Reichsgesetzen ist zwar keine Zeit bestimmt, binnen welcher die Excusationen anzuführen sind, es muß aber doch

87) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. nr. VII. pag. 444. et §. 11. pag. 458. und Ayrer Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 20. Anderer Meinung ist jedoch *Jo. Pet. de* Ludewig in Diss. de different. iuris Rom. et Germ. in tutela Attiliana. Diff. 3. not. xx.

88) *L.* 58. §. 2. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

89) Stryk c. l. §. 5. nr. III. pag. 443. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 5. Ayrer cit. Diss. §. 18. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 515. Es ist dieses auch der *L.* 7. *pr. et* §. 1. *D. de admin. tutor. et curator.* gemäß. Das Römische Recht aber, als Hülfsrecht, bleibt für alle die Verhältnisse gültig, welche durch die Reichsgesetze nicht näher bestimmt sind, weil derogirende Gesetze streng zu erklären sind. S. Gensler in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. Nr. XXVII. Not. 7. S. 398.

noch vor der obrigkeitlichen Bestätigung geschehen [90]), da, hingegen laufen die Zeitfristen bey der tutela testamentaria imperfecta nach dem Römischen Recht nicht vor erfolgter Confirmation. Die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Confirmation kann übrigens dem Vormunde auch selbst nicht vom Vater in seinem Testamente erlassen werden [91]). Nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant [92]). Denn die Absicht der reichsgesetzlichen Vorschrift ist, die Sicherheit der Unmündigen und Minderjährigen durch die obrigkeitliche Bestätigung zu verstärken [93]).

90) Stryk c. l. §. 5. Nr. V. et VI. pag. 444. Ayrer cit. Diss. §. 22.

91) Stryk c. l. §. 15.

92) *L.* 55. *D. de legat. I.*

93) Diese Absicht ist in dem Reichsgesetz von Jahr 1577. Tit. 32. §. 1. klar ausgesprochen.

Lib. XXVI. Tit. IV.

De legitimis tutoribus.

§. 1313.

Verschiedene Bedeutung von tutela legitima.

Der Ausdruck *tutela legitima* wird zuweilen in einer so weiten Bedeutung genommen, daß auch die testamentarische Tutel darunter begriffen ist [94]). Gerade so, wie man mit Ulpian [95]) von einer hereditas, quae ex testamento defertur, sagen kann, *lege obvenire hereditatem*, quia *lege duodecim tabularum* testamentariae hereditates confirmantur; eben so kann man die tutela testamentaria eine *legitima* nennen, quia testamento nominatim tutores dati confirmantur *lege duodecim tabularum*, wie derselbe Ulpian [96]) sagt. Mit Recht setzte daher auch Servius [97]) bey seinem Be-

94) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Princ.

95) *L.* 130. *D. de Verbor. Signif.*

96) *Fragm. Tit. XI.* §. 14. (in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 37.)

97) *L.* 1. *D. de tutelis.*

griff von der Tutel das Genus in einer vis ac potestas *iure civili data ac permissa*. Noch einen Beweis bietet eine Constitution der Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius dar, worin verordnet ist, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, *cum tutor legitimus* defuerit. So lauten die Worte im Theodosianischen Codex[98]). Daß aber unter dem tutor legitimus auch der testamentarische Vormund sogut, wie der eigentliche gesetzliche, begriffen seyn sollte, ergiebt sich aus der Interpolation dieser Constitution im Justinian. Codex[99]), wo die Worte so lauten: *quum tutor vel testamentarius, vel legitimus defuerit*[100]). In dieser weiten Bedeutung unterscheidet sich die testamentarische Tutel von der eigentlichen legitima tutela darin, daß bey jener das Gesetz dem Vater das Recht giebt, einen Tutor für seine unmündigen Kinder zu ernennen, dahingegen bey dieser das Gesetz den Vormund selbst ernennt. Hieraus entsteht nun der Begriff von der *legitima tutela*, insofern sie eine besondere, von der testamentarischen unterschiedene, Art der Vormundschaft bildet. Unter dieser gesetzlichen Tutel, von welcher wir hier handeln, wird nun also überhaupt diejenige Vormundschaft verstanden, welche, ohne daß sie von Jemandem bestellt, durch irgend eine lex, überhaupt durch das Civilrecht, unmittelbar über-

98) Lib. III. Tit. 17. Const. 4. S. Codic. Theodosiani libri V. prior. recogn. a *Car. Frid. Christ.* Wenck. *Lipsiae* 1825. pag. 185.

99) *L.* 2. *C. Quando mulier tutelae officio fungi potest.* (V. 35.)

100) Man vergleiche *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. de tutorib. et curatorib. creand. Tom. I. pag. 363. edit. *Ritter.*

tragen wird [1]). In dieser Bedeutung sagt Ulpian [2]): *Legitimi tutores* sunt, qui *ex lege aliqua* descendunt; gerade so wie Paulus [3]) von den testamentarischen Vormündern sagt: *a testatore* protinus proficiscuntur, simulatque aliquis heres extitisset. Daher konnte auch der testamentarische Tutor von dem Testirer nicht anders als direct, keineswegs aber per fideicommissum heredis bestellt werden [4]). Schon die Worte: *ex lege aliqua* deuten an, daß Ulpian darunter nicht blos die lex duodecim tabularum versteht, sondern auch jedes andere römische Gesetz, es sey ein geschriebenes, oder nicht geschriebenes, ein Plebiscitum, oder Senatusconsultum, oder Populi mos, oder Constitutio Principis, oder durch interpretatio Prudentum entstanden [5]). Auf die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten, wodurch das

1) S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte, und Rechtsalterthümer. §. 424. der 2. Ausg. und Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

2) *Fragm. Tit. XI.* §. 3.

3) *L.* 7. *D. de testam. tut.*

4) Gajus *Institut. Comm. II.* §. 289. und *L.* 1. §. 1. *D. de confirm. tut.* Man sehe oben §. 1305. S. 212 f. und *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 37. pag. 720.

5) S. Cujacius Paratitl. in libr. V. Cod. Tit. 30. de legitima tutela. In dieser Bedeutung sagt auch Paulus *L.* 6. *D. de pactis:* Legitima conventio est, quae *lege aliqua* confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur; — quotiens *lege* vel *Senatusconsulto* adiuvatur. S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. III. Pauli ad Edictum. (*Opp. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 52. sq.)

ius gebildet worden ist, welches, wie Pomponius [6]) sagt: communi nomine *ius civile* genennt wurde, und wovon die Römischen Juristen iuris conditores [7]), und auctores iuris [8]) benennt werden, deutet unstreitig Ulpian [9]) hin, wenn er *libro III. ad Edictum* sagt: Verbum *ex legibus* sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis [10]). In der eigentlichen und eminentern Bedeutung wird aber diejenige Art der Vormundschaft *legitima tutela* genennt, welche die Gesetze der zwölf Tafeln den Agnaten des Pupillen auftragen. Ulpian [11]) sagt: Per eminentiam autem *legitimi tutores* dicuntur, qui *ex lege duodecim tabularum*

6) *L.* 2. §. 5. *D. de orig. iuris.*

7) *L.* 25. *C. de procuratorib.*

8) *L.* 17. *D. de iure patronat. L.* 3. *D. Si pars heredit. petat. L.* 39. *D. de action. emti vent.* S. *Jac.* Raevardus de auctoritate Prudentum. Cap. 14. (*Opp.* Tom. II. pag. 919. sq.)

9) *L.* 6. §. 1. *D. de Verb. Signific.* S. Goddaeus Comment. in Tit. 16. Libri L. Dig. ad h. L.

10) Ein edictum Praetoris, *quo fiat tutor*, existirt nicht, wie *Jac.* Cujacius Paratitl. in libr. V. Tit. 30. Cod. h. t. bemerkt. Der Prätor gab zwar den Cognaten die bonorum possessio, mittelst welcher sie zur Erbfolge gelangten; allein zur Tutel rief er sie nicht, weil nur die hereditas ab intestato, als ein civilrechtliches Institut, nicht aber die Bonorum possessio, auf die ganz civilrechtliche Tutel von Einfluß seyn konnte, und überdem dem Prätor nur darum zu thun war, die Härte des Civilrechts zu mildern, aber nicht die Last der Tutel zu erweitern. S. *Ulr.* Huber Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 6. §. 1. pag. 184. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 424.

11) *Fragm. Tit. XI.* §. 3.

introducuntur. Hierauf bezieht sich auch, wenn Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*[12]) sagt: *Legitimos tutores* nemo dat: sed *lex duodecim tabularum* fecit tutores. Die Worte des Gesetzes der XII. Tafeln finden sich nirgends. Den Inhalt desselben aber referirt Gajus in seinen Institutionen[13]), wo er sagt: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. agnati sunt tutores: qui vocantur* LEGITIMI. Justinian hat diese Stelle aus Gajus in seine Institutionen[14]) aufgenommen, wo blos bey den Worten *ex lege XII.* das Wort *tabularum* hinzugefügt worden ist. Als Relation des Inhalts sieht Noodt[15]) auch die Worte des Paulus aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum*[16]) an, wo er sagt: Intestato parente mortuo, agnatis defertur tutela. Die verschiedenen Versuche zur Herstellung der Textes-Worte, mit einer gründlichen Kritik begleitet, findet man vollständig bey Dirksen[17]). Die meisten Wiederhersteller haben es jedoch darin versehen, daß sie blos der Pupillen, und nicht auch der Frauenzimmer gedacht haben[18]), deren legitimi tutores doch auch, wie Gajus[19]) sagt, nach dem Gesetz der XII. Ta-

12) *L.* 5. *D. h. t.*

13) *Commentar. I.* §. 155.

14) *Lib. I. Tit.* 15. *de legitima agnatorum tutela. Pr.*

15) Comment. h. t. §. Interim.

16) *L.* 6. *D. h. t.*

17) Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) Kap. 11. Tab. V. Fragm. 6. S. 366—369.

18) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 120. Not. 2. (der 8. Aufl.)

19) *Institution. Commentar. II.* §. 47. S. Zimmern Ge-

feln die Agnaten waren, bis nachher durch die *Lex Claudia* die legitima agnatorum tutela über die Frauenspersonen aufgehoben wurde [20]). Uebrigens wird sich der vollständige Begriff von der *legitima tutela* erst nach der Erörterung der Frage ergeben, wer die legitimi tutores sind [21]).

§. 1313. a.

Wenn findet die legitima tutela Statt?

Die gesetzliche Tutel tritt nun in folgenden Fällen ein.

I. Wenn weder ein testamentarischer Vormund vorhanden, noch ein solcher zu hoffen ist [22]). Semper enim legitima tutela, sagt Ulpian *libro XXV. ad Edictum* [23]), testamentariae cedit; und *libro XXXVII. ad Sabinum* [24]) giebt er die Regel: Sciendum est,

schichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. Band. 2. Abth. §. 233. Not. 20. S. 872.

20) Gajus *Institution. Commentar. I.* §. 157. S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 424.

21) Die Lehre von der legitima tutela haben besonders *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. Vol. II. pag 55 — 66. *Paul* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap XIV. — XVI. und *Car. Frid.* Walch in Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. *Christ. Gottl.* Budero defensa. *Jenae* 1753. 4. bearbeitet. Zur Geschichte dienen Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872—876. und Gans Scholien zum Gajus. 4. Sch. S. 190—200. Man sehe auch den 28. Th. §. 1298.

22) *Pr. J. de legitima agnator. tut.* S. Donellus c. l. §. 3.

23) *L.* 9. §. 1. *D. de tutelae et rationib. distrahend.*

24) *L.* 11. *D. de testam. tut.*

quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. Wenn also der Vormund im Testament unter einer Bedingung, die noch erst existiren soll, oder ex die bestellt worden ist, so kann in der Zwischenzeit nicht der legitimus tutor eintreten, sondern die Obrigkeit setzt einen Interims-Vormund. Denn die Obrigkeit kann zwar, wenn es die Umstände erfordern, einen Vormund auf eine Zeit lang bestellen; allein das Gesetz giebt auf diese Art keinen Vormund, sondern wer einmal legitimus tutor geworden ist, bleibt immer Vormund [25]). Solang also noch ein testamentarischer Vormund zu hoffen ist, kann die legitima tutela eben so wenig Statt finden, als eine hereditas legitima, solange die Erbschaft noch aus dem Testamente angetreten werden kann [26]). Ein testamentarischer Vormund ist nun nicht vorhanden, 1) wenn der Erblasser, welcher Tutoren bestellen konnte, gar kein Testament gemacht, oder 2) in Rücksicht der Vormundschaft in seinem Testamente nichts verordnet hat, oder 3) der im Testament ernannte Vormund noch vor dem Testirer gestorben ist [27]), oder 4) die Bedingung nicht zur Wirk-

25) S. DONELLUS cit. loc. Cap. 6. §. 1. und *Ant.* FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 3. pag. 1047 sq.

26) *L.* 39. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.* *L.* 89. *D. de Regul. iuris.*

27) §. 2. *J. de legitima agnator. tut.* Wenn es hier heißt: Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, *non hanc habet significationem*, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; so muß bey den Worten *non hanc habet significationem* das Wort TANTUM ergänzt werden, wie auch *Franc.* BALDUINUS Commentar. in Institution. ad h. §. 2. p. 108.

lichkeit gekommen ist, unter welcher der testamentarische Tutor war ernannt worden [28]). Paulus sagt *libro XXXVIII. ad Edictum* [29]) INTESTATUS autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit: *quantum enim ad tutelam pertinet*, INTESTATUS *est* [30]). Justinian hat dieses Fragment in seinen Insti-

bemerkt hat. Man findet dieses in mehreren Gesetzstellen, daß das Wort *tantum* bey non ausgelassen worden ist. Z. B. *L.* 50. *D. de Verb. oblig. L.* 5. §. 2. *D. de iniur. L.* 38. *D. ad SCtum Trebellian.* In der *L.* 6. *D. h. t.* welche offenbar bey den Institutionen hier zur Quelle gedient hat, heißt es auch ausdrücklich *non* TANTUM, und eben so in der griechischen Paraphrase des Theophilus: *οὐ μόνον.*

28) S. *Franc.* HOTOMANI Commentar. in Institution. ad §. 2. J. de legit. agnator. tut. pag. 72.

29) *L.* 6. *D. h. t.*

30) Durch das bloße Daseyn eines Testaments des Vaters, wenn darin auch von der Tutel selbst nichts verordnet ist, wird also die legitime Tutel nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch die Intestaterbfolge hier wegfällt, so ist doch nach den angeführten klaren Stellen der Vater, *quantum ad tutelam pertinet*, für INTESTATUS zu halten. Anderer Meinung ist jedoch Schweppe in der Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthüm. §. 424. Allein die Stelle Ulpians *Fragm. Tit. XII.* §. 3., welche Er für seine Meinung anführt, redet von einem Curator, welcher in einem Testamente nicht bestellt werden konnte, sondern den der Prätor dem *prodigus*, von dem hier die Rede ist, setzte. War dieser aus dem Testamente seines Vaters Erbe geworden, so konnte ihm das Gesetz, nämlich der XII. Tafeln, keinen Curator geben, (*ex lege* curator dari non poterat) weil dieses blos von dem Falle sprach, da der Vater kein Testament gemacht hatte.

tutionen[31]) benutzt, und noch die Worte beygefügt: Quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, *vivo testatore decesserit.* Die legitima tutela tritt ferner ein,

II. wenn der testamentarische Tutor aufhört Vormund zu seyn, und zwar ohne Mitwirkung der Obrigkeit abgeht. Dahin gehört a) wenn der testamentarische Vormund stirbt, entweder ehe er noch die Tutel übernommen hatte, oder ehe der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, und kein anderer testamentarischer Vormund vorhanden ist[32]). b) Wenn die Zeit, bis auf welche der testamentarische Vormund ernannt war, verflossen ist, oder c) die Bedingung, bis zu deren Existenz der Tutor die Vormundschaft führen sollte, eingetreten ist[33]). Geht der testamentarische

Diesen Fall setzte, nun zwar auch das Gesetz bey der legitima agnatorum tutela voraus. Allein so wie dieses nachher durch die interpretatio Prudentum darin erweitert wurde, daß der legitimus tutor auch denn zugelassen wurde, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber darin wegen der Tutel nichts verordnet hat, ut, quantum ad tutelam pertinet, *intestatus* obiisse videretur; so trat hingegen bey der Curatel der Prätor ins Mittel, und gab dem Prodigus einen Curator. S. *Jo.* Cannegieter Notae ad Domitii Ulpiani Fragmenta (*Lugd. Batav.* 1774. 4.) ad loc. Ulp. cit. pag. 65.

31) §. 2. *J. de legitima agnatorum tutela.*

32) *L.* 6. *in fin. D. h. t. L.* 11. §. 3. *et* 4. *D. de testam. tut.* S. oben §. 1306. S. 231. und *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 8. Den Unterschied zwischen hereditas und tutela zeigt hier *Franc.* Broeus in Comment. ad Institut. Tit. de legit. agnat. tut. §. 3.

33) S. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 2. J. de legitima agnator. tutela. Man vergleiche auch §. 1306. S. 230 ff.

Vormund mit Concurrenz der Obrigkeit ab, z. B. der Tutor hat sich gesetzmäßig excusirt, oder er ist von der Vormundschaft als suspect removirt worden, so setzt die Obrigkeit einen andern Vormund [34]). Die legitima tutela hat endlich auch Statt,

III. wenn ein ganz untaugliches Subject zum Vormund ernannt worden, dessen Mangel auch nicht einmal durch einen Interims-Vormund vor der Hand von der Obrigkeit ergänzt werden kann [35]). Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Mangel in der Person des testamentarischen Vormundes ein juristischer ist, der ex personae suae conditione herrührt, wie z. B. wenn ein Sklave, oder ein Soldat, oder eine Weibsperson, oder eine persona incerta zum Vormund ernannt worden ist; oder ob der Mangel blos factisch ist, der in einem körperlichen Gebrechen, oder in einer Gemüthskrankheit besteht, wie z. B. wenn der testamentarische Vormund taub, stumm, oder wahnsinnig ist [36]). Ist das Letztere, so bestellt die Obrigkeit an die Stelle eines furiosus, mutus und surdus tutor andere Vormünder. Paulus sagt *libro octavo ad Sabinum* [37]), es wären hierüber mehrere Senatusconsulta [38]) gemacht worden.

34) *L.* 11. §. 1. *et* 2. *D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 23. S. oben S. 229 f.

35) S. Donellus Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 3.

36) S. §. 1300 und 1301. Man sehe Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 1. de tutelis Nr. V. Not. b. pag. 92.

37) *L.* 17. *D. de tutelis.* Man verbinde damit noch die *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. eodem.* und *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 240. Not. 5. S. 899.

38) Diese mehreren Senatusconsulte betrafen vielleicht alle

§. 1314.

Wer sind die legitimi tutores? I. Aelteres Recht. 1) Agnati. Consanguinei.

Die Frage, wer die legitimi tutores sind, läßt sich zwar überhaupt in so weit richtig beantworten, wenn man sagt, es sind die nächsten Intestaterben des Pupillen [39]. Allein, um näher bestimmen zu können, wer diese Intestaterben sind, muß das ältere Recht von dem neuern, oder Justinianeischen unterschieden werden.

I) Nach dem ältern Recht waren diese legitimi tutores 1) die Agnaten, und zwar die nächsten, jedoch mit Uebergehung derer, welche, wie namentlich Frauenspersonen, nicht Tutoren seyn konnten; ausser diesen gewiß auch 2) die Gentilen. 3) Die Patronen und deren Kinder. 4) Die parentes manumissores, welche, wie Ulpian [40]) sagt, vicem legitimorum tutorum sustinent; und 5) die fiduciarii tutores [41]). Unter diesen waren nun also

1) die Agnaten diejenigen legitimi tutores, welche das Gesetz der zwölf Tafeln propalam, wie Ulpian [42]) sagt, d. h. namentlich und wörtlich, zur Tutel,

Arten der Tutoren. Vom tutor mulieris spricht insonderheit Gajus *Institution. Comm. I.* §. 180. und Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 21. S. Zimmern a. a. O. §. 234. Not. 37. S. 882.

39) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 6. §. 5. sqq.

40) *L. 3. §. ult. D. h. t.*

41) S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872. ff. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 424. S. 613.

42) *Fragm. Tit. XI.* §. 3. S. *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 594.

und zwar nicht blos über Unmündige, sondern gewiß auch selbst über mündige Frauenspersonen rief [43]). Hierher gehört vorzüglich die Stelle Ulpians aus dessen *libro quartò decimo ad Sabinum*, welche in der *L. 1. pr. h. t.* so lautet:

Legitimae tutelae *lege duodecim tabularum* AGNATIS delatae sunt, et CONSANGUINEIS.

Bey dieser Gelegenheit geben denn auch sowohl Gajus [44]) als Ulpian [45]) den Begriff von Agnaten. Beyde kommen darin überein, daß *Agnati* sind per virilis sexus personas cognatione iuncti, eiusdem familiae, quasi a patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrui filius et nepos. Da hier von Agnaten nicht blos insofern sie, wie Ulpian [46]) sagt, ad le-

43) GAJUS *Institution. Comm. I.* §. 145. und *Lib. II.* §. 47. In der letzten Stelle heißt es. Mulieris, *quae in agnatorum tutela erat*, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa *tutore auctore* traditae essent: *id ita lege XII. tabularum cautum erat.* S. Zimmern a. a. O. Not. 20.

44) *Institut. Commentar. I.* §. 156. Der Begriff von GAJUS ist sowohl in Justinians Institutionen Lib. 1. Tit. 15. §. 1. als in die Pandecten *L. 7. D. h. t.* aufgenommen. Man vergleiche auch *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collatio* Tit. XVI. §. 2. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 792.)

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 4. *L. 2.* §. 1. *D. de suis et legitim. hered.* Mit Ulpian stimmt auch PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit.* 8. §. 13. und in *Collat. cit. Tit. XVI.* §. 3. (bey SCHULTING c. l. pag. 797.) überein.

46) *L. 1. pr. D. h. t.*

gitimam hereditatem admitti possint, sondern auch insofern sie zugleich in dieser Eigenschaft legitimi tutores sind, die Rede ist; so erklärt sich daraus, warum **Ulpian** die **Agnaten** a patre cognati, *virilis sexus* definirt[47]. Denn wenn gleich auch Frauenspersonen allerdings mit zu den Agnaten überhaupt gehörten[48]; so konnten doch nur solche Agnaten, welche **Männer** sind, legitimi tutores seyn. Eine solche Agnation konnte nun aber nicht nur durch Erzeugung in iustis nuptiis, also vermöge leiblicher Verwandtschaft, jedoch nur durch Mannspersonen; sondern auch durch eine noch dauernde Adoption entstehen[49]; und da letztere sogut, wie die erste, ein Recht zur legitima hereditas begründete[50]; so waren agnati adoptivi unstreitig eben sogut, wie die leiblichen Agnaten, legitimi tutores[51]. Das Agnationsrecht durfte nur nicht durch Uebergang in eine andere Familie, weil man nie zu gleicher Zeit agnatus von zwey ganz verschiedenen Familien seyn konnte[52], oder sonst durch Capitis-Deminution

47) S. **Hugo's** Lehrb. der Gesch. der Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 113. Not. 2. (der 8. Aufl.)

48) §. 3. *J. de legit. agnat. success.* S. **Zimmern** Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 139. S. 508. f. und Not. 13.

49) S. **Hugo's** Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. S. 95. f. und S. 111. f. Vergl. auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 15. der 2. Aufl. (**Erlangen** 1822.) S. 46. f.

50) §. 2. *J. de legitima agnator. success. L.* 1. *§. ult. D. de suis et legitim. heredib.*

51) S. *Ant.* Contius Lection. subsecivar. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (*Opp. a* Merillio *editor. Parisiis* 1626. 4.) pag. 22. sq.

52) **Hugo** angef. Lehrb. S. 112. Z. 13—15.

erloschen seyn. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. h. t.*

Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, *nisi capitis deminutionem sustinuerint*, manifestissimum est.

Ulpian gedenkt jedoch in der oben angeführten Stelle nicht nur der Agnaten, sondern auch noch insonderheit der *consanguinei*, welche unter den Agnaten den ersten Platz einnehmen, und im zweyten Grade der Seitenlinie stehen. Den Gesetzen der XII. Tafeln war dieser Name noch ganz fremd [53]. Erst durch die Interpretation der Rechtsgelehrten wurden bey der Intestaterbfolge von den Agnaten diejenigen mit dem besondern Namen *consanguinei* bezeichnet, qui primum inter agnatos locum acceperunt [54], die übrigen, die nach ihnen zur hereditas kamen, wurden *agnati* schlechthin genannt. Offenbar unrichtig erklärt da-

53) *Mosaicar. et Rom. LL. Collat. Tit. XVI.* §. 3. da sagt Paulus: Sane consanguineos *Lex* non adprehenderat. So ist, statt *consanguineis*, richtiger zu lesen. S. Hugo ius civ. antejust. Tom. II. pag. 1470. und Desselben Lehrb. der R. Rechtsgesch. S. 111. Z. 23. Man sehe auch die Note des Pithoeus in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad h. L. *Collation.* pag. 795. not. 28. und meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 63 Not. 54. S. 218.

54) S. *Mosaic. et Rom. LL. Collat. c. l.* Wenn es daselbst nach *adprehenderat*, heißt interpretatione Prudentium primum inter agnatos locum acceperunt; so ist hier nach *adprehenderat*, das Wort sed, oder durch Gemination at einzuschalten. S. *Jo.* Cannegieter ad Collation. Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 3. Not. c. (adj. Ejusd. Notis ad Domit. Ulpiani Fragmenta pag. 260.)

her Accursius [55]) diese *consanguinei* durch diejenigen, qui sunt agnati et cognati naturales. Nam quidam sunt agnati tantum, sagt er, ut *adoptivi*, et hi NON vocantur. Cujaz [56]) entdeckte in dieser Glosse nicht mehr als tria peccata, die er mit Recht gerügt hat. Consanguinei sind vielmehr Geschwister, die von einem Vater abstammen, wenn sie gleich verschiedene Mütter haben, und welche durch eine sehr alte Interpretation der Römischen Juristen unter diesem Namen den übrigen Agnaten entgegengestellt wurden [57]). Hinsichtlich der legitima tutela sind *Consanguinei* Brüder, gleichviel leibliche oder Adoptiv-Brüder, die einen gemeinschaftlichen Familien Vater haben, in dessen Potestas sie standen, und durch den Tod desselben daraus befreiet worden sind. Alle römische Juristen stimmen hierin mit einander überein. *Consanguinei* sunt, sagt Paulus [58]), eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore: adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus, et hi, qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt [59]). — Consanguineis non existentibus, *agnatis* defertur here-

55) Gloss. ad pr. L. 1. h. t.

56) Observation. Lib. XI. Cap. 26.

57) S. Euler über die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bey den Römern, hinter Burchardi Grundzügen des Rechtssystems der Römer S. 308. ff.

58) In *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat.* Tit. XVI. §. 3. (S. Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. II. p. 1472.)

59) Von dieser *causae probatio* habe ich in meiner Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 55. S. 190. u. ff. gehandelt. Man sehe auch Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. B. §. 214.

ditas, prout quis alterum gradu praecesserit. Eben so Gajus [60]), und Ulpian [61]). Auch selbst die nicht juristischen Klassiker kennen keinen andern Sprachgebrauch, wie Cujaz [62]) gegen Accursius aus mehreren Stellen der Alten bewiesen hat.

§. 1315.

Wie wenn der Agnaten mehrere waren, oder der nächste war unfähig? Erläuterung der *L.* 1. §. 1. *sqq. h. t.*

Es konnten jedoch nicht alle Agnaten Vormünder werden, sondern nur die Nächsten im Grade. Unter mehreren Agnaten schloß daher der Nähere den Entferntern aus, mehrere Agnaten des nämlichen Grades aber führten die Tutel gemeinschaftlich [63]). Die Ordnung war hier, wie bey der Intestat-Erbfolge. Denn quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, sagt Quintus Mucius Scaevola *libro singulari* Ορων [64]). Waren jedoch der Tutoren mehrere, so konnte anfangs Jeder sein Recht durch die in iure cessio einem Andern überlassen [65]). Ein solcher Vormund hieß tutor *cessitius*. Diese cessio tutelae hatte jedoch in der Folge nur noch bey der Tutel über Frauenspersonen Statt [66]). Es war aber auch von

60) Gajus *Institut. Commentar. III.* §. 9.

61) *In Mos. et Rom. LL. Collat.* Tit. XVI. §. 6. (Hugo pag. 1473.)

62) Loc. cit.

63) Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 164. Idem *libro XII. ad Edictum Provinc. L.* 9. *D. h. t.* und Justinian §. *ult. J. de capitis deminut.* (I. 16.)

64) *L.* 73. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

65) Hugo Lehrb. der R. Rechtsgesch. S. 119. Z. 5.

66) Gajus *Lib. I.* §. 168 — 170. S. Cujacius Paratitl. in Tit. Cod. de legitima tutela.

dieser tutela cessitia schon zu Gajus Zeiten keine Frage mehr, nachdem durch die lex Claudia die tutelae agnatorum über die Frauenspersonen waren aufgehoben worden [67]). Wenn jedoch unter mehreren Agnaten der Nähere im Grade den Entferntern von der Tutel ausschließen sollte; so mußte auch jener nach den Gesetzen Vormund seyn können. Schlossen ihn die Gesetze von Vormundschaften aus, wie namentlich die Frauenspersonen; so erhielt der Entferntere die Tutel, wenn gleich der nächste Agnat den Pupillen beerbte. Diese Uebergehung der Unfähigen hatte denn zur Folge, daß die Tutel mit der Delation der hereditas nicht immer gleichen Schritt halten konnte. Eben dieses bemerkt auch Ulpian, wenn er *libro XIV. ad Sabinum* [68]) sagt:

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa, si sit consanguinea pupillo. Nam hereditas quidem ad agnatam pertinet: tutela autem ad agnatum. Item in libertinis, si sit patrona, et patroni filius. Nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit: tantundemque erit, et si sit patroni filia et nepos. Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur. Nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur, sed interim a Praetore datur [69]). Interdum autem etiam sine hereditate

67) Gajus *c. l.* §. 171.

68) *L.* 1. §. 1. *sqq. D. h. t.*

69) Denn durch die Gefangenschaft endigte sich die Tutel nicht auf immer, sondern dieselbe wurde blos, wie das Recht der väterlichen Gewalt, suspendirt, propter ius postliminii, welches die Fiction begründete, als wären

tutela defertur, interdum hereditas sine tutela: utputa in eo, qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter *Divus* Pius rescripsit Aurelio Basso, ius patroni eum non habere, his verbis. *Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt.* Idem erit si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres permanebit: ut Marcellus notat: legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.

Indem hier Ulpian, als Ausnahme von der Regel, nach welcher die legitima tutela den nächsten Intestaterben deferirt wird, den Fall anführt, daß zuweilen eine hereditas auch sine tutela, so wie eine tutela sine hereditate Statt haben könne, erläutert er zugleich diesen Fall durch das Beyspiel von einem Erben, welchen der Erblasser gebeten hatte, einen Sklaven zu manumittiren, der aber diese Manumission arglistig verzögerte, und zu verhindern suchte. In diesem Falle wurde der Sklave ein orcinus libertus, und gehörte zur Familie des Testirers, der Erbe hingegen behielt zwar die Erbschaft, aber er hatte kein Patronatrecht. Er war also auch nicht legitimus tutor des libertus, sondern die Tutel fiel an die Söhne des Testirers, als des eigentlichen Patrons. Dieses hatte zwar schon das Senatusconsultum Rubrianum verordnet, wie unser Ulpian *libro XXXVIII. ad Sa-*

die Rechtsverhältnisse des wieder zurückgekommenen Gefangenen nie erloschen. §. 5. *J. Quib. mod. ius potest. solvitur. L.* 32. §. 1. *D. de heredib. instituend. L.* 16. *D. de captiv. et postlim. revers.*

binum [70]) sagt. Allein in unserer Stelle bezieht er sich noch auf ein Rescript des Divus Pius, vermöge dessen überhaupt diejenigen, welche eine fideicommissa libertas arglistig zu umgehen suchen, zur Strafe kein Patronatrecht über den erwerben sollen, den sie nicht haben freylassen wollen. Wer nun nicht Patron des Libertus ist, kann auch nicht legitimus tutor desselben seyn. Dieses Rescript, worauf sich auch die Kaiser Diocletian und Maximian [71]) beziehen, gieng also weiter, als das SCtum Rubrianum [72]), welches nur von einem Erben

70) *L.* 3. §. 3. *D. de legitim. tutor.* Plane si forte ex *Rubriano Senatusconsulto* pervenerit ad libertatem, non habebit tutorem eum, qui rogatus est, *sed orcinus libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit.* In qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, *quae ad patronos* (dieß sind die im Testament bestimmten Manumissoren) non pertinet: quod quidem in omnibus orcinis libertis locum habet testamento manumissis. Ohne Anruf obrigkeitlicher Hülfe gegen den latitirenden Fiduciar und erfolgtes obrigkeitliches Decret ward jedoch der Sklave nicht frey. *L.* 11. *C. de fideicomm. libertat.* (VII. 4.) *L.* 26. §. 9. *D. eodem.* (XL. 5.) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 203. S. 748.

71) *L.* 12. *Cod. de testamentar. manumiss.* (VII. 2.)

72) *L.* 26. §. 7. *sqq. D. de fideicomm. libertat. L.* 33. §. 1. *et L.* 49. *D. eodem.* Das SCtum Rubrianum ward unter dem Kaiser Trajan, und zwar, wie man annimmt, im Jahre 854. oder im J. Christi 101. gemacht. Es hat seinen Namen von dem Consul Rubrius Gallus erhalten, welcher in dem bemerkten Jahre das Consulat mit dem Caelius Hispo führte. Die Namen beyder Consuln kommen in den Fastis unter den Coss. ordinariis nicht vor. Sie waren also ohne Zweifel suffecti. S.

oder überhaupt einem solchen sprach, der sich entweder, um sich der fideicommittirten Manumission eines Sklaven zu entziehen, verborgen hielt, oder vom Prätor vorgeladen, nicht erschien [73]); dahingegen das Rescript des Divus Pius gegen jede hinterlistige und boshafte Verhinderung einer fideicommittirten Freyheit durch verzögerte Antretung der Erbschaft, oder Collusion mit den Intestaterben, oder erdichtete peinliche Anschuldigung des Sklaven, u. d. sicherte, so daß durch ein Decret der Obrigkeit, nach gepflogener Untersuchung, dem Sklaven die Freyheit eben so zuerkannt werden solle, als wenn sie ihm direct im Testament vermacht worden wäre [74]). Dieses Beyspiel betraf also die legitima patronorum tutela, und gehört zunächst nicht hieher. Eben so das andere Beyspiel, welches von der assignatio liberti hergenommen ist. Wenn nämlich der Patron, wie ihm vermöge eines unter dem K. Claudius gemachten Senatusconsultums [75]) gestattet war, unter mehreren Kindern in seiner Gewalt einem Einzigen im Testamente, oder auf andere Weise, den Frey-

Jo. Aug. Bach Trajanus. (*Lipsiae.* 1747.) pag. 99. sq. Die Worte des SCti Rubriani hat uns Ulpian *L.* 26. §. 7. *D. de fideicomm. libertat.* aufbehalten. Erläutert hat sie *Franc.* Ramos del Manzano in Tr. de Senatusconsultis et Constitutionibus circa moram in fideicommissaria libertate factis. §. 1 — 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 39. sqq.)

73) *L.* 28. §. 1. *D. de fideicomm. libertat.*

74) S. *L.* 12. *C. de testam. manum.* und *Car. Frid. Christ.* Wenck Divus Pius, sive ad Leges Imp. Titi Aelii Antonini Pii A. Commentar. Libell. II. *Lipsiae* 1805. Cap. IV. pag. 48 — 52.

75) *L.* 1. *pr. D. de adsignand. libert. Pr. et* §. *ult. J. eod.*

gelassenen zugewiesen hatte, und dieses Kind gerade eine Tochter war [76]); so war nun zwar diese als desselben Patronin [77]) anzusehen. Allein war der Freygelassene noch nicht mündig, so gehörte die legitima tutela für die Brüder [78]), die legitima hereditas des Freygelassenen aber erhielt die Schwester, wie Marcellus bemerkt.

Noch ist eine Stelle in diesem Titel der Pandecten merkwürdig, welche die Ausschließung der Frauenspersonen von der legitima tutela betrifft, wenn sie auch unter den Agnaten die nächsten im Grade wären. Sie ist aus Hermogenian's *Libro II. Juris Epitomarum* genommen, und lautet *L.* 10. *pr. D. h. t.* folgendermassen.

Agnato proprior femina quo minus sit impuberis agnati tutor, non obiicitur: ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor: nec amita patruo magno, vel matertera fratris filiis, ne sint tutores, obstat.

Daß die soror consanguinea eine Agnatin ihres unmündigen Bruders ist, hat keinen Zweifel. Allein, da sie nicht Vormünderin seyn kann, so wird des Vaters

76) §. 1. *J. de adsignat. libertor.*

77) *Pr. J. eodem. tit.*

78) Libertus enim, sagt Ulpian *L.* 3. §. 9. *D. de bonis libertor.* qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse. Das Kind, dem der libertus assignirt worden ist, genießt nur alle vermögensrechtlichen Vortheile des Patronats, die übrigen Kinder aber haben die Hoffnung, ihr pristinum ius dereinst wieder zu erhalten, wenn der Adsignatar ohne Descendenz verstirbt. S. *Jan. a* Costa Commentar. ad pr. J. de adsignat. libertor. pag. 381.

Bruder die gesetzliche Tutel über den unmündigen Neffen erhalten, wenn er gleich ein entfernterer Agnat ist. Eben so wenig, sagt Hermogenian, ist des Vaters Schwester dem Großoheim bey der legitima tutela hinderlich, wenn gleich der patruus magnus im vierten, des Vaters Schwester aber im dritten Grade verwandt ist [79]). Allein wie konnte Hermogenian dieses Beyspiel anführen, da zu seinen Zeiten nach dem Rechte, welches durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten oder, wie Justinian sagt, durch die media iurisprudentia war eingeführt worden, des Vaters-Schwester, wenn sie gleich Agnatin war, doch kein Intestaterbrecht hatte [80])? Erst Justinian [81]) hob den Unterschied, der durch jenes Recht zwischen männlichen und weiblichen Agnaten war eingeführt worden, auf, und verordnete durch Wiederherstellung der Sanction der XII. Tafeln, daß die Agnaten, ohne Unterschied des Geschlechts, also die Frauenspersonen, welche auch die Rechte der Consanguinität nicht haben, auf gleiche Weise, wie die Mannspersonen, zu dem Rechte der legitimae successionis ab intestato nach der Nähe des Grades zugelassen werden sollten. Nun erst konnte davon die Frage seyn, ob die amita, als nähere Agnatin, und Intestaterbin dem patruus magnus hinsichtlich der Tutel im Wege stehe. Noch räthselhafter aber ist das andere

79) §. 3. *et* 4. *J. de gradibus cognation.*

80) §. 3. *J. de legitima agnator. success.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 63. S. 217 — 220.

81) *L.* 14. *pr. C. de legitimis heredib.* (VI. 58.) vom Jahre 532. Justinian gedenkt dieser Constitution §. 3. *J. de legitima agnatorum success.* S. meine angef. Erörterung. §. 111. S. 408. ff.

Beyspiel von der matertera, welche den Bruders Söhnen bey der Tutel nicht hinderlich seyn soll. Denn der Mutter Schwester des Pupillen ist ja Erstens keine Agnatin, sondern eine cognata, und dann Zweytens ist sie ja auch im Grade nicht näher, als des Pupillen Bruders Kinder, verwandt. Denn beyde stehen im dritten Grade der Verwandschaft [82]). Justinian hat auch endlich Drittens in seiner Constitution, in welcher er einigen Personen aus dem dritten Grade der Cognation das Agnationsrecht ertheilt hat, nicht einmal dem Onkel oder Mutterbruder, geschweige denn der Mutter-Schwester ein Intestaterbrecht eingeräumt [83]). Das Beyspiel paßt hier also auf keine Weise. Wenn man nun auch jenen Fall mit des Vaters Schwester im Verhältniß zum Großoheim durch einen Zusatz vom Tribonian erklären könnte; so kann doch wohl das andere Beyspiel von der Mutter Schwester, matertera, für nichts anders, als für das Glossem eines unverständigen Auslegers gehalten werden, wofür es auch Joseph Finestres [84]) hält.

Ist der nächste Agnat wegen eines körperlichen oder Gemüthsfehlers zur Vormundschaft untüchtig, z. B. er ist taub, oder stumm, oder wahnsinnig; so wird ihm zwar dennoch die Tutel nach dem Gesetz deferirt [85]); allein die Obrigkeit setzt einen andern Vormund an dessen Stelle.

82) §. 3. *J. de gradib. cognat.*

83) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 114. S. 420. f.

84) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros. ad L. 10. D. h. t. §. 1. pag. 544.

85) *L. 13. D. de curator. furios.* S. Finestres in Hermogenian. ad §. 1. L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3. pag. 550.

L. 10. §. 1. *D. h. t.* HERMOGENIANUS *Libro II. iuris Epitomarum.* Surdus et mutus nec legitimi tutores esse possunt: quum nec testamento, nec alio modo tutores utiliter dari possint.

L. 17. *D. de tutelis.* PAULUS *libro VIII. ad Sabinum.* Complura Senatusconsulta facta sunt, *ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur* [86].

Daß diese Senatusconsulta auch vorzüglich in Hinsicht der legitimen Vormünder gemacht worden sind, und zwar in Ansehung derselben haben gemacht werden müssen, hat schon längst Anton Faber [87]) gezeigt. Da nun hier die Tutel dem nächsten Agnaten einmal deferirt war, wenn er gleich wegen seines körperlichen oder Gemüthszustandes die Tutel selbst nicht führen konnte, so konnte sie nun einem andern Agnaten nicht mehr deferirt werden, mithin der folgende legitimus nicht eintreten [88]).

Eben so ward auch die legitima tutela deferirt, wenn gleich der nächste Agnat selbst noch unmündig war [89]). Ulpian [90]) führt bey der Weiber-Tutel einen solchen

86) Man sehe auch ULPIAN. *Fragm.* Tit. XI. §. 21.

87) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. I. Illat. 4. pag. 684. Man s. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 234. Not. 37.

88) *L.* 3. §. 8. *D. h. t.*

89) S. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVII. Cap. 28. *Ant.* FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Pr. I. Illat. 7. pag. 1050. *Ulr.* HUBER Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 4. pag. 180. und von Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. S. 5.

90) *Fragm. Tit. XI.* §. 20. Man vergleiche noch GAJUS *Institution. Commentar. I.* §. 179. *et* 180. Da jedoch

Fall an, wo der legitimus tutor ein Pupill war. Ein solcher unmündiger Agnat war nun zwar dem Rechte und Namen nach Tutor; allein da er die Vormundschaft selbst nicht verwalten konnnte; so wurde ihm von der Obrigkeit ein Vormund an die Seite gesetzt, welcher die Administration führte. Er erhielt die Tutel selbst erst mit der Mündigkeit [91]), jedoch konnte er sich dann entschuldi-

diese Stellen nur von der tutela mulierum sprechen, so will man bezweifeln, ob ein impubes habe tutor pupilli legitimus seyn können. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. B. §. 240. S. 898. Allein da zu Justinians Zeiten die Weiber-Tutel schon längst nicht mehr im Gebrauche war, so wäre es ja wohl ganz überflüssig gewesen, wenn Er in seinen Institutionen §. 13. *de Excusat.* nochmals namentlich die Zulassung eines Unmündigen zur legitima tutela hätte verbieten wollen. Hierzu kommt, daß Scävola in der *L.* 73. *pr. D. de Regul. iuris* von der Regel: Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nur die Frauenspersonen ausnimmt, wenn er hinzufügt: *nisi cum feminae heredes intercedunt;* nicht unmündige Mannspersonen. S. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. e.

91) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 157. Itaque masculus quidem impubes *fratrem* PUBEREM aut patruum habet tutorem. Idem *libro XII. ad Edict. prov. L.* 16. *D. de tutel.* Sed ad liberos virilis sexus *perfectae aetatis* descendunt legitimae. Paulus *L.* 8. *D. h. t.*. Si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio: constat, utrosque esse tutores, si *perfectae aetatis* sunt, quia eodem gradu sunt. Mehrere wollen jedoch die angeführten Pandecten-Stellen für interpolirt halten, wegen *L.* 5. *C. h. t.* welche im Jahre 529. und also noch vor den Pandecten gegeben worden ist. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 73. D. de Reg. iur. und Pothier c. l. Not. d. pag. 98. Dagegen ist

gen[92]). Allein nach einer Verordnung des Kaisers Justinian[93]) darf kein Minderjähriger zu einer Vormundschaft gelassen werden. In dieser Constitution ist auch insonderheit verordnet worden, *ut nec* PUPILLUS *ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus:* cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire[94]). Nach dieser Verordnung kann also nun von einer delatio legitimae tutelae nicht mehr die Rede seyn, wenn der nächste Agnat noch unmündig ist, sondern es wird mit Uebergehung desselben, die Tutel dem im Grade folgenden Fähigen zustehen[95]).

Unter mehreren legitimen Tutoren desselben Grades kann auch Einem die Verwaltung allein zuerkannt werden, wenn etwa die übrigen unfähig oder gehindert sind.

L. 5. §. 2. D. h. t. ULPIANUS *lib. XXXV. ad Edictum.* In legitimis, et in his, qui a Magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit? Et ait LABEO, et uni recte tutelam decerni, posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse: quae sententia utilitatis gratia admittenda est.

jedoch *Ern. Alex.* PAGENSTECHER Observation. legal. lib. sing. (*Wetzlar.* 1724 4.) Obs. XI.

92) §. 13. *J. de Excusat.*

93) *L. ult. C. de legitima tutela* (V. 30.) S. oben §. 1300. S. 67. und *Herm.* NOORDKERK Observation. Decas. Cap. III. pag. 41. sq.

94) §. 13. *J. de Excusation.*

95) Man sehe *Jac.* GOTHOFREDI Commentar. in tit. Pand. de div. Reg. iuris. ad L. 73. pr. pag. 316. in fin. et sq.

§. 1315. a.

2) Tutel der Gentilen.

Wenn keine Agnaten da waren, so stand die legitima tutela nach dem älteren Rechte

2) den **Gentilen** zu [96]). Dafür spricht nicht nur das Erbrecht derselben, von welchem die legitima tutela eine Folge ist [97]), sondern auch die Analogie von der cura furiosi, bey welcher das Gesetz der XII. Tafeln eben so wohl der **Gentilen** als der **Agnaten** gedenkt [98]). Noch mehr aber wird die tutela gentilium dadurch außer Zweifel gesetzt, wenn **Gajus** [99]) bey Gelegenheit der Intestaterbfolge der Gentilen auf das erste Buch seiner

96) S. *Ern. Mart.* Chladenius de gentilitate veter. Romanor. Cap. VII. pag. 80. sqq. **Albr. Schweppe** Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 424. S. 613. der 2. Aufl. und **Zimmern** Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872. verglichen mit §. 230. S. 847. ff.

97) Cicero *de Invention. rhetor.* Lib. II. cap. 50. Lex est: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatorum gentiliumque esto.*

98) Cicero c. l. Lex est: *Si furiosus est, agnatorum* gentiliumque *in eo pecuniaque eius potestas esto.* Fast wörtlich stimmt damit der Auctor *ad* Herennium Lib. I. cap. 13. überein. S. **Dirksen** Kritik u. Herstellg. des Textes der XII. Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

99) *Institution. Commentar.* Lib. III. §. 17. Si nullus agnatus sit, eadem Lex XII. tabularum *gentiles* ad hereditatem vocat. *Qui sint autem* gentiles, *primo commentario retulimus:* et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse, supervacuum est, hoc quoque loco de ea re curiosius tractare.

Institutionen verweist, wo er den Begriff von Gentilen gegeben, und zugleich bemerkt habe, daß das ganze gentilitium ius ausser Gebrauch gekommen sey. Bey dem Nichtvorkommen der cura furiosi kann nun aber Gajus nicht wohl anders, als bey Gelegenheit der legitima tutela, von den Gentilen gehandelt haben [100]). Man wendet zwar dagegen ein, daß die erforderliche auctoritas sämmtlicher legitimen Tutoren die Zulassung der Gentilen zur Tutel nicht gestattet habe [1]). Es ist auch nicht zu läugnen, daß die auctoritas sämmtlicher Glieder des Stammhauses oft etwas sehr Weitläuftiges gewesen wäre. Allein dieser Zweifel läßt sich lösen, wenn man bedenkt, daß ja wohl die gemeinschaftliche Verwaltung derselben bey der cura furiosi mit nicht geringeren Schwierigkeiten verbunden gewesen, überdem aber konnten sie sich ja bey der Tutel mit einer in iure Cessio helfen, wie auch schon Hugo [2]) erinnert hat.

§. 1315. b.

Erweiterung der legitima tutela vor Justinian durch Aufnahme einzelner Cognaten in die Reihe der Agnaten.

Die legitime Tutel stand also nach dem Gesetz der

100) Es ist sehr wahrscheinlich, was Hollweg bey der Stelle des Gajus *Lib. I.* §. 164. bemerkt hat, daß Gajus da, wo er die Lehre von der legitima agnatorum tutela schließt, von der *legitima gentilium* tutela gehandelt habe. Es findet sich auch gerade hier eine Lücke in den Institutionen des Gajus.

1) S. von Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. Nr. I. S. 3. Not. 2.

2) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 121. Not. 4. Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Th. §. 233. Not. 22. S. 872.

XII. Tafeln blos den Agnaten und Gentilen zu. Cognaten, d. h. wie Gajus [3]) sagt, qui *per feminini sexus personas* cognatione iunguntur, waren von der legitima tutela, so wie von hereditatibus legitimis, ausgeschlossen. So wie jedoch das Recht der Erbfolge durch neuere Gesetze nach und nach einzelnen Cognaten zu Theil wurde, so erhielt auch durch sie die legitima impuberum tutela einen größeren Umfang schon vor Justinian. Diese hereditates und tutelae *ex novis legibus* unterschieden sich von den legitimis hereditatibus et tutelis *ex duodecim tabulis* dadurch, daß sie nicht so, wie die letzteren, durch capitis deminutio minima verloren giengen. Diesen Unterschied bemerkt auch Paulus *libro XI. ad Edictum* [4]), wenn er daselbst sagt:

Sed *legitimae tutelae ex duodecim tabulis* intervertuntur eadem ratione, qua et *hereditates exinde legitimae:* quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. *Ex novis* autem *legibus* et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, *ut personae naturaliter designentur:* ut ecce deferunt hereditatem Senatusconsulta matri et filio.

Von den Cognaten erhielten späterhin durch eine Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos und Ar-

3) *Institut. Commentar. Lib. I.* §. 156. Paulus *L.* 10. §. 1. *D. de gradibus et adfinib.* und Justinian. *Institut. Lib. I. Tit.* 15. §. 1. S. *Jac.* Raevardus Varior. Lib. V. Cap. 1. (*Opp.* Tom. I. pag. 623. sqq.)

4) *L.* 7. *D. de capite minutis. L.* 11. *D. de suis et legitim. hered.* S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 85.

cadius vom J. 390. [5]) die Mutter und Großmutter die Tutel nach den Agnaten, wenn sie dieselbe verlangten, und vor Gericht der zweyten Ehe entsagten.

§. 1316.

3) Tutel des Patrons, und seiner Kinder.

Legitime Tutoren waren ferner

3) der Patron, und dessen Kinder. Diese waren bey Freygelassenen, die keine wahren Agnaten hatten, auch nicht haben konnten, eben das, was bey ingenuis die Agnaten [6]). Das Patronatrecht, als ein Verwandtschaftsrecht betrachtet [7]), begründete daher eine Erbfolge, welche bey Freygelassenen in derselben Ordnung Statt hatte, in welcher bey Freygebohrnen das Erbrecht der Agnaten seinen Platz nahm [8]). Diese Erbfolge nach

5) *L.* 2. *Cod. Quando mulier tutoris officio.* S. §. 1300. S. 53.

6) Theophilus Paraphr. graec. Instit. Lib. I. Tit. 17.

7) In der aus den Basiliken Tom. VI. pag. 586. wiederhergestellten Constitution des Kaisers Justinian, *L.* 4. *C. de bonis libertor. et iure patronat.* so wie sie in der Spangenbergischen Ausgabe des Corpus iuris nach dem Reitzischen Texte aus Meerman's Thesauro Tom. V. pag. 4. sqq. abgedruckt ist, heißt es: *ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερουμένων, οἱ ἐλευθεροῦντες ἀυτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διακατοχῆς.* i. e. *quia enim manumissores* AGNATI *esse videntur manumissis, ideo etiam vocantur ex successione legitima*, nach Reitz bey Meerman Tom. V. pag. 7.

8) Ulpianus *Fragm. XXVII.* 1. S. Unterholzner über das patronatische Erbrecht; (in der Zeitschrift für

Patronatrecht war nun zwar in den XII. Tafeln ausdrücklich anerkannt [9]), von der Tutel aber war in denselben namentlich nichts bestimmt. Wegen der genauen Verbindung zwischen Erbfolge und Tutel [10]), schlossen indessen die Ausleger der XII. Tafeln, was bey der Erbfolge bestimmt ist, müsse auch bey der Tutel gelten [11]). So ward also

geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschen. 5. B. Nr. II.)

9) Gajus *Institut. Comment. III.* §. 40. *et* 49. Ulpian. *Fragm. Tit. XXIX.* §. 1. Hier heißt es: Civis romani liberti hereditatem *Lex XII. tabularum* PATRONO defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit; und in der *L.* 195. §. 1. *D. de Verb. Signif.* sagt eben dieser Ulpian: Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur *Lex*: „EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM. Man vergleiche noch von Ulpian die *L.* 10. *et* 11. *D. de iure patronatus* mit *Fragm. Tit. XXVII.* §. 1. et 5. Theophilus *in Paraphr. gr.* h. t. führt sogar die Worte des Gesetzes an: Ἐὰν *ἀπελεύθερος ἢ ἀπελευθέρα ἄπαιδες καὶ ἀδιάθετοι τελευτήσωσιν τὴν τούτων κληρονομίαν οἱ πάτρωνες ἤγουν οἱ παῖδες τῶν πατρώνων διαδέχονται·* i. e. *Si libertus vel liberta sine liberis et intestati decesserint*, hereditatem *eorum patroni aut patronorum liberi accipient.* Mit Gajus stimmt Justinian wörtlich überein. *Pr. J. de success. libertor.* Die dagegen erhobenen Zweifel Hugo's im Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts S. 93. Not. 2. und S. 185. Not. 2. hat Dirksen in der Kritik u. Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fragm. 8. S. 384. ff. hinlänglich gelößt.

10) Cicero *Orat. pro domo. Cap.* 13.

11) Quo tutela redit, sagt Quintus Mucius Scaevola *L.* 73.

die in den XII. Tafeln nicht namentlich enthaltene, aber ebenfalls legitima genannte, Tutel des Patrons und seiner Kinder über deren unmündige und weibliche Freygelassenen durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten folgeweise daraus abgeleitet [12]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen und vorjustinianeische Fragmente.

Gajus Institut. *Commentar. I.* §. 165. mit dem auch Justinians *Institution. Lib. I. Tit.* 17. *de legitima patronorum tutela* wörtlich übereinstimmen. Ex eadem lege duodecim tabularum *libertorum* et *libertarum* tutela ad *patronos liberosque eorum* pertinet, quae et ipsa *legitima* tutela vocatur: non

pr. D. de div. Regul. iur. eo hereditas pervenit; oder wie diese bey den Röm. Juristen nicht ungewöhnliche Hysterologie zu erklären ist: *Ad quem hereditas pervenit, ad eum quoque tutela redit.* S. Cujacius in Libr. XIX. Quaestion. Papiniani ad L. 69. D. de legat. II. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 554.) *Rad.* Fornerius Rerum Quotidianar. Lib. II. cap. 10. (*Thes. Otton.* Tom. II. pag. 171.) und *Franc.* Balduinus in iurisprud. Muciana. (Tom. I. *Jurispr. Rom. et Attic.* pag. 506.) Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. I. pag. 77. nach Fabrotus überein. Anderer Meinung sind zwar *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 73. pr. D. de Reg. iur. pag. 314. sq. und *Jos.* Finestres et *de* Monsalvo Hermogenian. Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3. Man sehe aber *Car. Frid.* Walch Diss. cit. de tutela extraneor. legitima §. 6. Die L. 73. ist aus Scaevolae *libro sing.* Ὅρων genommen, welcher eine Sammlung von Regeln enthielt, die vorzüglich aus den Gesetzen der XII. Tafeln waren abgeleitet worden, wie Walch cit. Diss. §. 7. bemerkt hat.

12) S. Walch Diss. cit. §. 4. — 8.

quia *nominatim* in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est *per interpretationem*, atque si *verbis legis* introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem, etiam tutelas ad eos pertinere: cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserit: (in Justinians Institutionen ist hinzugefügt) *quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.* Ideo autem diximus *plerumque*, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 3. Per eminentiam autem *legitimi* dicuntur sc. tutores, qui *ex Lege XII.* Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati: seu *per consequentiam*, quales sunt patroni.

L. 3. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *Lib. XXXVIII. ad Sabinum.* Tutela legitima, *quae patronis defertur e lege XII. tabularum*, non quidem *specialiter* vel *nominatim* delata est: sed *per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.* Ergo manumissor *ex Lege XII. Tabularum* tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit.

L. 6. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Ulpian. *Libro III. ad Edictum.* Verbum: ex legibus sic accipiendum est, tam *ex Legum sententia*, quam *ex verbis.*

Die gesetzliche Tutel über Freygelassene stand aber nicht nur dem Patron, sondern auch den Söhnen und Enkeln von Söhnen zu, und zwar als solchen, nicht als Erben des Patrons. Gajus [13]) sagt ausdrücklich:

Patroni autem liberi *eandem tutelam* adipiscuntur, *quam et pater eorum habuit.*

Daher verloren sie ihr Recht auf die Tutel des väterlichen Freygelassenen so wenig, als die Ansprüche auf die Beerbung desselben, wenn auch gleich der Vater sich einer Perduellion, oder eines andern Capitalverbrechens schuldig gemacht [14]) hatte, oder die Söhne sich der väterlichen Erbschaft enthielten [15]), oder auch vom Vater waren enterbt worden [16]).

13) *Institution. Commentar. I.* §. 175.

14) *L. 4. D. de iure patron.* (XXXVII. 14.)

15) *L. 9. pr. D. eodem.*

16) Gajus *Comm. III.* §. 58. Nam civis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet: ad filium autem patroni, nepotesque ex filio, et pronepotes ex nepote (*praedefuncto*) natos omnimodo pertinet, *etiamsi a parente fuerint exheredati.* S. Unterholzner angeführte Abhandl. §. 4. S. 36. Nur die ausserordentliche patronatische Erbfolge vermittelst der bonorum possessio contra tabulas liberti, und der B. P. contra suos non naturales, so wie die Successio ex Lege Papia wich darin von der legitima successio ab, daß enterbte Kinder davon ausgeschlossen waren, wenn ihnen nicht die Rechte gegen den Freygelassenen vom Vater ausdrücklich waren vorbehalten worden, wie Terentius Clemens *libro XII. ad Legem Juliam et Papiam* lehrt, woraus die *L. 40. D. de bonis libertor.* genommen ist. Si pater exheredato filio

Nur die Patronin, und die Töchter des Patrons konnten, als Weiber, keine Tutel haben [17]).

Die legitima patronorum tutela setzte übrigens

1) eben so, wie die legitima tutela agnatorum, der sie nachgebildet worden, voraus, daß keine capitis deminutio eingetreten seyn durfte, weder in der Person derjenigen, denen das Patronatrecht zustand, noch in der Person des libertus oder der liberta, durch welche die Patronaterbfolge wäre vernichtet worden, worauf die Tutel beruhte [18]). Denn Ulpian [19]) stellt die allgemeine Regel auf: legitima tutela *capitis deminutione* amittitur. Dieser Fall trat z. B. ein, wenn sich der Patron oder der Freygelassene arrogiren ließ [20]). Nur das Erb-

ita cavit, *ut ius in libertum salvum ei esset*, nihil ei *ad hanc rem* (sc. quantum ad ius patronatus, *L.* 1. §. 2 *D. de adsignand. libert*) nocet exheredatio. S. *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XVIII. nr. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. p. 474.) und Unterholzner über das patronat. Erbrecht. §. 7. S. 90.

17) Gajus *I.* §. 195. Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

18) Gajus *Institution. Commentar. III.* §. 51. Unterholzner über das patronat. Erbrecht. in der Zeitschrift 5. B. S. 49. ff. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 251. S. 949.

19) *Fragm. Tit. XI.* §. 9.

20) Ulpian. c. l. §. 13. Gajus *Comm. I.* §. 95.. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Walch ad Hoppii Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 17. not. a. bemerkt, daß nur die Agnaten, aber keinesweges die Patronen, durch capitis deminutio minima die Tutel verloren hätten. Dieser Irrthum ist augenscheinlich durch die falsche Ab-

recht, welches die Kinder einer Patronin vermöge der Lex Papia hatten, erlosch so wenig, als die Tutel, durch eine capitis deminutio nämlich minima, wegen der Regel, qua hereditates et tutelae *ex novis legibus* delatae capitis deminutione non pereunt [21]).

2) Die Tutel nach Patronatrecht richtete sich in der Regel nach der Erbfolge [22]). Allenthalben entschied die Nähe des Grades. Der Patron, so lange dieser selbst lebte, schloß also seine Kinder, so wie von der Erbfolge, also auch von der Tutel aus. Waren mehrere patroni vorhanden, so führten sie die Tutel über den Freygelassenen gemeinschaftlich, so wie sie ihn auch zu gleichen Theilen (in capita) beerbten, wenn sie auch ungleichen Antheil an dem Sklaven hatten [23]), weil hier blos das persönliche Verhältniß, als solches, nicht die Größe des frü-

theilung des §. 9. *Tit. XI.* in Ulpians Fragmenten entstanden. Dieser §. 9. lautet bey Schulting in Jurisprud. vet. Antejust. pag. 597. so: *Excepta tutela patronorum*, legitima tutela capitis deminutione amittitur. Eben so bey *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta. pag. 56. Allein die Worte „excepta tutela patronorum" gehören offenbar nicht zum §. 9. sondern zu dem vorhergehenden Satze, wo Ulpian sagt: feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit; und bilden daher den Schluß des §. 8. so wie auch Hugo in iure civ. Antejustin. Tom. I. pag. 37. den §. 8. ganz richtig abgetheilt hat. S. auch Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 251. Not. 2. S. 949.

21) *L. 7. D. de capite minut.* §. 2. *J. de SCto Orfit.*

22) S. Walch Diss. cit. §. 8.

23) Gajus Institution. Commentar. III. §. 59.

hern Antheils in Betrachtung kam [24]). Starb einer von denselben, so blieb die Tutel bey den übrigen, wenn gleich der verstorbene Patron einen Sohn hinterließ. Denn der Patron schloß die Kinder eines andern Patrons von der Tutel, so wie von der künftigen Erbschaft des libertus aus [25]), mit eben dem Rechte, mit welchem der consanguineus vor den Kindern eines andern verstorbenen consanguinei den Vorzug behauptete. Erst wenn alle Patronen gestorben waren, kam die Tutel an deren Söhne. Und diese giengen den Enkeln vor. Denn unter den Kindern des verstorbenen Patrons behaupteten die dem Grade nach Näheren den Vorzug vor den Entfernteren [26]); wie dieses alles Ulpian in einer aus Desselben *libro XXXVIII. ad Sabinum* genommenen Stelle, *L.* 3. §. 4. — 7. *D. h. t.* bestätiget.

Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est, solos masculos fore tutores. — Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt. Simili modo et si in servitutem redactus sit, apparet, ceteros esse tutores. — Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere. — Proinde si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, utrum ad solum filium, an vero et ad

24) S. Gans Scholien zum Gajus. Sch. VI. S. 361.

25) Gajus *III.* §. 60. Ulpianus *Fragm. Tit. XXVII.* §. 2.

26) Gajus *Comm. III.* §. 60. Paulus *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit.* 2. §. 1. Ulpian. *Fragm. Tit. XXVII.* §. 2. *et* 3. Julian. *L.* 23. §. 1. *D. de bonis libertor.*

nepotem tutela pertineat? quia et nepos in familia patris sui proximus est. Hoc apparebit ex legitimis hereditatibus: legitima autem hereditas ad solum filium pertinet, ergo et tutela ad solum filium descendit: post filium tunc ad nepotem.

War der Nächste unfähig, oder des Patronats unwürdig, so war es hier, wie bey der legitima agnatorum tutela. Daher konnte auch hier zuweilen die Tutel ohne Erbschaft, zuweilen die Erbschaft ohne Tutel deferirt werden, wovon Ulpian [27]) mehrere hierher gehörige Beyspiele giebt, die schon oben bey der Agnaten-Tutel vorgekommen sind.

3) Die legitima patronorum tutela hatte das Unterscheidende, daß bey derselben die tutela cessitia über Weiber fortdauernd blieb, nachdem auch schon durch die Lex Claudia die Agnaten Tutel über dieselben war aufgehoben worden [28]).

4) War der Freygelassene nur ein Latinus Junianus, so gebührte dem Manumissor die Tutel nur dann über denselben, wenn er den Sklaven vor der Manumission nicht blos in bonis, sondern auch ex iure Quiritium gehabt hatte [29]). Das Vermögen eines Latinen fiel aber nach dem Tode desselben, nicht als hereditas, sondern iure peculii an den Manumissor zurück [30]). Es konnte

27) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

28) Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 8. nach Hugo iur. civ. antejustin. Tom. I. p. 37. verglichen mit Gajus Comm. I. §. 171.

29) Ulpianus *Fragm.* Tit. XI. §. 19. bey Hugo Tom. I. pag. 39.

30) Gajus *Instit. Comm. III.* §. 56.

daher auch, wie das Peculium der Sklaven, an extraneos heredes kommen, während die hereditas eines civis Romani liberti nie an extraneos heredes patroni kommen, sondern nur ihm und seinen Kindern, jedoch nicht den liberis exheredatis, zufallen konnte [31]). Hatte der Manumissor den Sklaven nur in bonis gehabt, während einem Andern das Eigenthum ex iure Quiritium an demselben zustand; so fiel zwar das Vermögen des Latinen nach desselben Tode iure peculii wieder an den zurück, welcher ihn vor der Manumission in bonis gehabt hatte; allein die Tutel über denselben erhielt der Herr, welchem das ius Quiritium geblieben war. Dieser hätte zwar durch Manumission den Sklaven nicht zum Latinus machen können, denn dazu war nur der berechtiget, welcher den Sklaven in bonis hatte [32]). Allein die Tutel konnte hier der Manumissor über den Latinen darum nicht erlangen, weil diese ein dem Agnationsverhältniß analoges Recht voraussetzte; was also nur, wie jenes selbst, ein quiritarisches Recht seyn konnte [33]). So hatte dieß alles, wie Gajus [34]) sagt, die *Lex Junia* verordnet.

§. 1316. a.

4) Parentes manumissores.

Für einen legitimus tutor ward ferner 4) der Va-

31) Gajus *III.* §. 58.

32) S. Dosithei *Fragment. de Manumissionibus.* §. 11. nach Roever *Lugd. Batav.* 1739. 8. und Hugo Jur. Civ. Antej. Tom. I. pag. 256. §. 9. aber nach Schilling Diss. crit. de Fragmento iuris Rom. Dositheano denuo graece et latine edito. (*Lipsiae* 1819. 8.) pag. 19.

33) S. Gans Scholien zum Gajus. IV. S. 195.

34) *Institut. Commentar. I.* §. 167. (edit. sec. *Berolini* 1824).

ter gehalten, welcher seinen unmündigen Sohn, oder Tochter, oder seinen Enkel, oder Enkelin vom Sohne, und so weiter, die er in seiner Potestas hatte, einem Andern unter der Bedingung in das Mancipium gegeben, daß ihm das Kind remancipirt werde, und er dann solches nach erfolgter Remancipation selbst manumittirt hat [35]). Daß bey dem Sohne die Mancipation, so wie die dabey bedungene Manumission von Seiten des Käufers dreymal wiederholt werden, und die Manumission zuletzt vom Vater, so wie bey einem Sklaven, gewöhnlich vindicta geschehen mußte, wenn der Sohn sogleich sui iuris werden sollte, ist bekannt [36]). Dieser ganze aus Mancipationen und Manumissionen zusammengesetzte Act wurde eigentlich emancipatio genennt [37]). So wie nun das mancipium ein Analogon der Sklaverey war [38]), so bildete die Freylassung aus demselben ein Analogon des Patronats. Der parens manumissor ward auf solche Art als Patron des emancipirten Kindes angesehen, und erlangte also durch

S. auch Freyh. von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 167. S. 639. ff.

35) Gajus *Commentar. I.* §. 172.

36) Ulpianus *Fragm. Tit. X.* §. 1. und Gajus *Institut. Comment. I.* §. 132. S. *Gerl.* Scheltinga Diss. de Emancipationib. *Franequ.* 1730. P. I. Cap. 2. et 3. (in *Dan.* Fellenberg Jurispr. antiqua. Tom. II. pag. 478—498.)

37) §. 6. *J. Quib. mod. ius patr. pot. solvit.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. Th. 2. Abth. §. 225. S. 823. ff.

38) Gajus *Institut. Comm. I.* §. 123. *et* 138. *III.* §. 114. *L.* 3. §. *ult. D. de cap. minut.* Theophilus *Paraphr. gr.* Lib. I. Tit. 12. §. 6. S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. II. Illat. 4. pag. 745. sq.

die Manumission nicht blos formell, sondern auch materiell alle Rechte eines Patrons über das Kind [39]). So wie daher der Vater das emancipirte Kind nicht blos vermöge Edicts, sondern auch schon nach dem ältern Civilrechte, exemplo patroni, ab intestato beerbte [40]), so erhielt er auch die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war [41]). Auch diese tutela parentum, so wie sie nach der Analogie des Patronatverhältnisses durch Interpretation

39) S. Unterholzner's Abhandl. über die Manumissio per vindictam und die emancipatio (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. B. 2. Nr. V. S. 160. ff.

40) Gajus *ibidem* §. 192. Modestinus *L.* 10. *D. de suis et legitim. heredibus. L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. Si a parente quis manumissus. L.* 2. *Cod. de SCto Tertull.* (VI. 56) S. Zimmern über fiduciaria tutela, in Neustetel's und Zimmern's römischrechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. 1. B. (Heidelberg 1821.) Nr. VIII. S. 149. ff.

41) S. Scheltinga Diss. de Emancipationib. P. II. §. 15. bey Fellenberg pag. 129. Als bloßer Cognat konnte der Vater nicht legitimus tutor seines Kindes seyn, wenn ihm gleich der Prätor in dieser Eigenschaft eine bonorum possessio gab. Denn eine legitima tutela kann keinem Andern zustehen, als welcher ex Lege oder iure legitimo den Pupillen beerbt. Ex Edicto Praetoris wird daher keine legitima tutela deferirt. Nur in der Eigenschaft eines Patrons, in welcher er ein Civilerbrecht hatte, konnte also der Vater legitimus tutor seines emancipirten Kindes seyn. S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. I. Cap. 7. nr. 1. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 41.) auch *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libri V. de legitima tut.

ist ausgebildet worden, wird daher ausdrücklich legitima genennt [42]. *Fiduciaria* konnte diese Tutel schon darum nicht genennt werden, weil hier der parens manumissor nicht aus einem in ihn gesetzten Vertrauen handelte, indem mit ihm kein pactum fiduciae geschlossen ward, sondern er vielmehr auf diese Weise den Käufer seines Kindes verpflichtete [43]. Für die legitima tutela des parens manumissor sprechen vielmehr folgende Beweise.

GAJUS *Comment. I.* §. 175. PATRONI autem LOCO habemus etiam parentem, qui in (*mancipio datam, et*[44]) sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione LEGITIMAM TUTELAM nactus est.

42) GAJUS *Comm. II.* §. 122.

43) Anderer Meinung ist zwar Thibaut in den civilistischen Abhandlungen. Nr. XII. S. 286. wegen ULPIAN *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Allein Ulpian spricht hier nicht vom parens manumissor, sondern von demjenigen, welcher entweder dem Vater, der die patria potestas hat, oder dem coemptionator, der die manus hat, ein liberum caput abkauft, und solches nach erlangtem mancipium selbst freyläßt. Hätte er das Kind seinem leiblichen Vater wieder remancipirt, und dieser solches manumittirt, so würde derselbe kein fiduciarius, sondern ein legitimus tutor seyn, wie sich aus allen oben angeführten Gesetzstellen und Zeugnissen des Gajus und Justinians ergiebt. S. die Römischrechtlichen Untersuchungen für Wissensch. und Ausübung von Neustetel und Zimmern. 1. B. Nr. VIII. S. 145. und Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 197.

44) So scheint die Lücke in dieser Stelle des Gajus nach Maasgabe des §. 172. ergänzt werden zu müssen. Göschen in der neuen Ausgabe des GAJUS pag. 81. liest *mancipatam*.

L. 3. §. ult. D. h. t. Ulpianus *libro XXXVIII. ad Sabinum.* Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps, impuberes, quos in potestate habeat, emancipet: *vicem* LEGITIMI TUTORIS *sustinet.*

Gajus *Comm. I. §.* 172. Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint: quod etsi placeat, *in parente tamen, qui filiam, neptemve, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit,* idem dici non debet, *cum is et* LEGITIMUS TUTOR *habeatur:* et non minus *huic*, quam *patronis*, honor praestandus est.

Justinianus *§. un. Inst. de legitima perentum tutela.* (I. 18.) EXEMPLO PATRONORUM recepta est et alia tutela, quae et ipsa LEGITIMA vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, LEGITIMUS EORUM TUTOR ERIT.

L. 5. C. de dolo malo (II. 21.) Impp. Diocletianus et Maximianus. Si superstite patre *per emancipationem* tui iuris effecta, matri successisti, rebusque tuis *per* LEGITIMUM TUTOREM PATREM, *eundemque* MANUMISSOREM administratis, postea transegisti cum eo bona fide, etc.

§. 1316. b.

5) Fiduciarii tutores.

Soviel endlich 5) die fiduciarii tutores anlangt, so haben sich zwar auch diese, wie Ulpian[45]) sagt, per

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Qui liberum caput mancipatum

similitudinem patroni gebildet, sie werden aber von den legitimis tutoribus ausdrücklich unterschieden [46]. Wer sind nun aber diese fiduciarii tutores [47]? In den Institutionen des Kaisers Justinian Lib. I. Tit. 19. werden die Söhne desjenigen, welcher einen unmündigen Descendenten, Sohn, oder Tochter, Enkel oder Enkelin, u. s. w. selbst manumittirt hat, *fiduciarii tutores* genennt, wenn sie nach dem Tode des Vaters die Tutel über das emancipirte Kind erhalten. Der parens manumissor war eigentlich der legitime Vormund seines emancipirten unmündigen Kindes, wie bereits gezeigt worden ist. Er hatte durch die Manumission alle Rechte eines wahren Patrons über das Kind erhalten, weil es unbillig, ja widersinnig gewesen wäre, dem Vater weniger Rechte zu gestatten, als dem manumissor eines Sclaven, cum non minus huic, quam patronis honor praestandus sit, wie Gajus [48])

sibi, vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, *per similitudinem patroni* tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor* appellatur.

46) Gajus *Comment. I.* §. 172.

47) Man vergleiche *Ge. Christ.* Gebauer Excurs. ad cap. un. J. de fiduciaria tutela: adj. ejusdem Ordini Institution. Justinian. Exc. V. pag. 304. — 334. Ant. Frid. Just. Thibaut Abhandl. über die Beschaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela; (in Desselben civilistischen Abhandlungen. Heidelb. 1814. Nr. XII. S. 285. — 304.) Zimmern über die fiduciaria tutela, in Desselben römischrechtl. Untersuchungen. 1. B. Nr. VIII. S. 142 — 154. Freyh. von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gaius. 1. B. Lib. I. zum §. 166. S. 621 — 639. und Ed. Gans Scholien zum Gajus. IV. Schol. S. 195 — 200.

48) Gajus *Comm. I.* §. 172. *in fin.*

sagt. Allein die Kinder des emancipirenden Vaters hatten nach dem Tode desselben nicht eben die Rechte, wie die Kinder eines Patrons. Zwar giengen nach dem Tode des Vaters, in dessen Gewalt sie zur Zeit seines Todes noch waren, die Patronatrechte, und also auch die Tutel auf sie über; allein eine eigentliche legitima tutela, wie die des verstorbenen Vaters war, konnte die auf die Söhne desselben übergegangene Tutel schon darum nicht seyn, weil die Kinder des verstorbenen parens manumissor vor dem Kaiser Anastasius kein civilrechtliches Successionsrecht hatten [49]), und das auf sie übergangene Patronat des Vaters in ihrer Person nicht mit der vollkommenen Ausübung der Vorrechte, welche die Tutel der Patrone mit sich führt, verbunden war, also mehr nur ein formelles, oder Quasipatronat genennt werden konnte. Deswegen sagt Gajus [50]) von den Kindern des emancipirenden Vaters, *fiduciarii tutoris loco* numerantur: patroni autem liberi *eandem tutelam* adipiscuntur, quam et pater eorum habuit. Indem also hier den Kindern des Patrons dieselbe Tutel zugeschrieben wird, welche auch ihr Vater hatte, so folgt hieraus vermöge eines nothwendigen Schlusses a contrario, daß die Kinder des parentis

49) *L.* 1. §. 5. *D. Si a parente quis manumissus.* (XXXVII. 12.) *Liberos* autem *manumissoris* non venire ad contra tabulas bonorum possessionem filii *e*mancipati constat, quamvis patroni veniant. S. *Jan. a* Costa *Franc.* Hotoman, und *Ev.* Otto Commentar. ad Tit. Institut. de fiduciaria tutela. Außerdem *Franc. Car.* Conradi de pacto fiduciae Exerc. I. §. 6. und Gebauer cit. Excurs. §. III. pag. 317. Besonders Zimmern a. a. O. S. 150. f.

50) *Instit. Comment. I.* §. 175.

manumissoris nicht eben die Tutel, wie ihr Vater, erhalten. Die Tutel des Vaters mußte also eine legitima seyn, während die Tutel der Kinder nur eine fiduciaria war.

Welche Personen nun die fiduciaria tutela haben, darüber enthalten die Institutionen folgende Belehrung. In diesen lautet der Tit. de *fiduciaria tutela* (I. 19.) folgendermassen.

Est et alia tutela, quae *fiduciaria* appellatur: nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiserit, *legitimam nanciscitur eorum tutelam.* Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, *fiduciarii tutores* filiorum suorum [51]), vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui [52]) patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem re-

51) *Franc.* Balduinus in Comment. ad Tit. Instit. de fiduciaria tut. hält die Worte *filiorum suorum* für einen Zusatz, der aus eines alten Auslegers Scholie genommen sey. Haloander, Russard, und Baudoza Cestius haben sie daher in ihren Ausgaben, so wie die Worte *et ceterorum*, weggelassen. Allein diese Meinung wird durch die Paraphrase des Theophilus widerlegt. Die ältere gemeine Lesart hat aus mehreren Gründen Thibaut in der angef. Abhandl. S. 288. ff. vertheidiget.

52) *Atqui*, oder wie einige alte Ausgaben lesen, *atquin* steht hier für At enim, wie Hotoman in Comm. ad h. Tit. bemerkt. Es soll hier einem Einwurfe begegnet werden

cideret: ideoque *nec in tutelam*[53]). Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset.

53) Die Worte *ideoque nec in tutelam* versteht HOTOMAN c. l. so, nämlich in tutelam fratrum recideret filius emancipatus. Dieß sey nun aber offenbar falsch. Denn wäre keine Emancipation geschehen, so wäre der großjährige Bruder legitimus tutor seines unmündigen Bruders geworden. Die gedachten Worte müßten daher, als Bemerkung eines unwissenden Glossators, weggestrichen werden. Denn ohne Zweifel wäre der Unmündige in die legitime Tutel seines Bruders gekommen. *L.* 3. *C. de Exception.* (VIII. 36.) *L.* 19. §. 1. *D. ad SCt. Vellej.* (XVI. 1.) *L.* 1. *D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. de tutelae et ration. distrah.* (XXVII. 3.) Allein der ganze Zusammenhang lehrt, daß unter der Tutel die legitima tutela zu verstehen sey, welche der emancipirende Vater hatte, wie auch *Franc.* BALDUINUS in Comm. ad h. Tit. bemerkt hat. Denn so wie die väterliche Gewalt nicht auf die Kinder erblich übergeht, so auch nicht das ius emancipationis ac legitimae tutelae, welches daraus entsteht. Es ist daher eine ganz unnöthige Emendation, wenn *Ge. D'* ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. (*Leovardiae* 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. §. 2. pag. 85. sq. lesen will: *ideoque nec in tutelam* ILLAM. Er meint zwar THEOPHILUS begünstige seine Erklärung und Conjectur, welcher so paraphrasirt: *διὸ οὐδὲ τὴν αὐτὴν ἕξει ἐπιτροπὴν ὁ παῖς τοῦ ἐμαγκιπατεύσαντος*, i. e. *Ideo neque filius emancipatoris* EANDEM *habebit tutelam.* Allein daraus folgt nicht, daß Theophilus in seinem Exemplar so gelesen habe, sondern Er suchte durch das *τὴν αὐτὴν* nur den wahren Sinn des Kaisers seinen Schülern deutlicher zu erklären, wie auch schon *Jo. Bernh.* KOEHLER in Animadversion. ad quaedam Institutionum loca, welche er seiner Ausgabe der

Zur Erläuterung dient hier vorzüglich die Paraphrase des Theophilus, welche nach der Reitzischen Uebersetzung so lautet.

Praeter dictas tutelas est etiam alia, quae vocatur *fiduciaria*. Si enim filium meum aut filiam, vel nepotem aut neptem, vel pronepotem aut proneptem, cum impuberes essent, emancipavero, Ego — *legitimus* eorum *tutor* fio. Nam manumissor liberi capitis, *ad similitudinem eius*, *qui ex vera servitute manumittit*, ad tutelam vocabitur.

Si vero accidat, ut Ego moriar, habens liberos masculos, hi fient *tutores fiduciarii* impuberis, cuius per emancipationem tutor legitimus factus eram.

Evenit autem, ut non solum frater fratri fiat tutor fiduciarius, sed et patruus fratris filio, et pater filio. Et frater quidem fratri sic: Habebam duos filios, alterum viginti quinque annorum, aut maioris etiam aetatis, alterum impuberem. Impuberem emancipans, tuebar eum tanquam *legitimus*. Me mortuo, frater perfectae aetatis erit *tutor* eius *fiduciarius*.

Patruus autem fratris filio, quo modo? Habebam filium, maiorem viginti quinque annis, et ne-

Institution. ex recens. *Jac.* Cujacii *Goett.* 1772. 8. beygefügt hat, pag. 224. gegen *D'* Arnaud erinnert hat. Eben so hat auch Walch ad *Hoppii* Comment. in Institut. h. T. not. c. pag. 169. die Meinung des Hotoman's mit Recht verworfen. Man sehe auch *Guil.* Otto Reitz ad *Theophili* Paraphr. graec. Lib. I. Tit. 19. Not. i. pag. 163.

potem aut neptem ex filio mortuo. Emancipavi nepotem. Ego quidem, ut *legitimus*, tutor ero: post meam vero mortem patruus, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Pater filio hunc in modum: Habebam filium majorem viginti quinque annis, atque ex eo nepotem impuberem. Nepotem emancipavi. Ego quidem, ut *legitimus*, tuebor, post me autem pater, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Sed possit aliquis dicere: Curnam patroni quidem liberi legitimi tutores dicuntur, at horum patrum liberi, qui impuberes emancipaverunt, differunt appellatione? Illi enim dicuntur tutores *legitimi*, at liberi horum *fiduciarii*. Sed ratio haec est: nisi evenisset, ut superstes Ego meum filium sui iuris fecissem, morte mea fit sui iuris, non recidens in fratris sui aut patrui potestatem. *Ideo neque filius emancipatoris eandem habebit tutelam*, sed vocabitur *fiduciarius*. Libertus autem, nisi manumissus esset, sed in servitute mansisset, omnino servus fieret liberorum defuncti.

Nach den Institutionen und der Erklärung des Theophilus sind also tutores fiduciarii

1) der eigene Vater des emancipirten Kindes, in dem Falle nämlich, da der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirte, desselben Vater aber, als seinen, des Großvaters Sohn, in seiner väterlichen Gewalt behielt. Hier war der Großvater, so lang er lebte, des emancipirten Enkels legitimer Tutor, nach dessen Tode aber ist der Vater desselben fiduciarischer Vormund.

2) Die großjährigen Brüder des emancipirten Kindes. Derselben gedenkt insonderheit Modestin *libro quarto Differentiarum*, woraus die *L.* 4. *D. h. t.* genommen ist. Da heißt es:

Quo (sc. parente emancipatore) defuncto, *si liberi perfectae aetatis exsistant*, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.

Dieses Gesetz steht mit dem unmittelbar vorhergehenden §. 3. der *L.* 3. *h. t.* welche aus Ulpians *lib. XXXVIII. ad Sabinum* genommen ist, in der genauesten Verbindung. Aus beyden Gesetzstellen ist der *Tit. Inst. de fiduciaria tutela* hauptsächlich geschöpft. Die Worte *perfectae aetatis* halten viele [54]) für interpolirt. Tribonian soll sie den Worten *virilis sexus* in den Institutionen substituirt haben, weil Justinian der erste gewesen, welcher die Zulassung zur Tutel vor dem Eintritt der Großjährigkeit bey der gesetzlichen Vormundschaft verboten habe [55]). Er berufe sich auch selbst auf seine Constitution in dem Titel de fiduciaria tutela seiner Institutionen, in welchem er am Schlusse sagt:

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, *si perfectae aetatis sint:* quod *nostra Constitutio* generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari praecepit.

54) S. *Jac.* Cujacii Notae ad Institution. Tit. de fiduciaria tutela. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani. Cap. IV. p. 75. (edit. Heineccii *Halae* 1736. 8.) besonders *Jo. van* Nispen Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini IX.* libris Differentiar. supersunt. Cap. V. §. Tractatui. (in Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 39. sqq.)

55) *L. ult. Cod. de legitima tut.*

Dagegen wenden jedoch diejenigen ein, welche den Tribonian von diesem Vorwurfe einer Interpolation zu befreyen suchen [56]), der Ausdruck perfecta aetas habe Beziehung auf jenen alten Volksschluß, der unter dem Namen Lex Laetoria, richtiger *Plaetoria* bekannt sey, und ein Alter von fünf und zwanzig Jahren zur Großjährigkeit bestimmt habe. Dieses Alter hätten die Röm. Rechtsgelehrten verstanden, wenn der legitimus tutor die Bürde der Vormundschaft habe wirklich übernehmen sollen; wohl aber habe die Tutel dem legitimus tutor noch vor dem Eintritt dieses Alters deferirt werden können, wie Justinian in seiner Constitution selbst sage. Dieß sey der Sinn der Worte des Modestinus: *fiduciarii tutores fratris vel sororis* EFFICIUNTUR. Modestin spreche also bloß von dem Zeitpunct der Delation. Für die Meinung, daß die Röm. Rechtsgelehrten, wenn sie von dem legitimus tutor die perfecta aetas erfordern, von der Zeit der wirklichen Uebernehmung der Tutel sprechen, habe ich mich schon oben [57]) erklärt.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie Ju-

56) S. *Reinh.* BACHOVIUS in Comm. ad §. 13. Institut. de excusat. tutor. *Hieronym. de* OROZ de Apicibus iuris civ. (*Lugduni* 1661. *f.*) Lib. V. Cap. 7. nr. 8. pag. 377. *Jo.* WYBO de Triboniano ab Emblematibus WISSENBACHII liberato. Cap. IV. §. 19. pag. 309. edit. *Heinecc.*

57) S. §. 1315. S. 339. und Not. 91. Nach der Verordnung des K. Justinian (Not. 55.) wird zwar der Minderjährige, als nächster Agnat, Erbe, aber nicht mehr ipso iure Vormund, sondern die Tutel wird, mit Uebergehung desselben, dem folgenden Agnaten deferirt. S. *Jac.* CUJACII Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libr. V. de legitima tut. circa fin.

stinian die Söhne des emancipirenden Vaters, welche nach dessen Tode die Tutel über das emancipirte unmündige Kind erhalten, habe fiduciarii tutores nennen können, da sie doch schon seit Anastasius ihrer emancipirten Geschwister Intestaterben geworden waren, und daher die Tutel der Geschwister vom K. Anastasius selbst eine legitima tutela genennt wird? Wir haben zwar diese Constitution selbst nicht mehr, allein da uns Justinian[58]) darauf verweist, so stand sie gewiß in seinem ersten Codex, und verschwand wegen Justinians erweiternder Constitution[59]) in der repetita praelectio. Anastasius aber beruft sich selbst darauf in der *L.* 4. *Cod. de legitima tutela*, welche folgendermassen lautet:

Frater emancipatus, qui in germani sui vel sororis successione omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum sed etiam agnatorum antecedere a nobis pro nostra dispositione iussus est, *etiam ad legitimam fratrum et sororum, nec non liberorum fratrum tutelam*, quasi minime patris potestate per ius emancipationis relaxatus, si non alia iuri cognita excusatione munitus sit, vocari: nec sub praetextu capitis deminutionis alienum ab huiusmodi onere semetipsum esse contendere sancimus.

Da in dieser Constitution auch insonderheit der Bruders Kinder Erwähnung geschieht, so war die Tutel des

58) §. 1. *J. de success. cognator.* §. *ult. J. de gradib. cognat. L.* 15. §. 1. *C. de legitim. hered.*

59) *L.* 13. §. 1. *et* 2. *L.* 15. *C. cit.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 82. der 2. Aufl. S. 287. ff.

Oheims nicht minder eine legitima tutela, und doch wird auch der patruus nur für einen fiduciarius tutor gehalten, wie aus der Paraphrase des Theophilus ganz deutlich erhellet.

Man hat das Räthsel auf verschiedene Art zu lösen gesucht. Cujaz [60]) meint, die Constitution des Anastasius rede von einem ganz andern Falle, als Justinian, nämlich von dem Erbrechte und der Tutel eines emancipirten Bruders in Ansehung eines solchen unmündigen Geschwisters, welches in der väterlichen Gewalt geblieben ist; während Justinian von einem solchen Bruder rede, der in der väterlichen Gewalt geblieben, und nach dem Tode seines Vaters fiduciarius tutor seines emancipirten unmündigen Bruders wird. Auf diesen Fall gehe die Constitution des Kaisers Anastasius nicht, sondern hier trete blos das Edictum *unde cognati* ein. Joseph Fernandez De Retes [61]), der dem Cujaz beystimmt, hat auch ausführlich zu zeigen gesucht, daß gerade in dem Falle, von welchem Anastasius spricht, nämlich, wenn ein emancipirter Bruder einen solchen Bruder ab intestato beerben will, der in der Familie des Vaters geblieben ist, die Constitution desselben nöthig gewesen sey, weil sonst dem emancipirten Bruder, als einem bloßen Cognaten, alle Agnaten, nahe und entfernte, nach dem ältern Rechte vorgegangen wären [62]), welches eben Anastasius, blos die Bande des Bluts berücksichtigend, ob-

60) Notae prior. ad Institut. Tit. de fiduciaria tutela.

61) Opusculor. Lib. I. Cap. 7. §. 4. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 42.)

62) *L.* 5. *D. Unde cognati L.* 1. *D. de suis et legitim. heredib.* Ulpian. *Fragm. Tit. XXVI.* §. 1.

wohl im Falle der Concurrenz mit andern Geschwistern in der Größe des Erbtheils etwas beeinträchtigend, durch seine Constitution abgeändert habe. Dahingegen sey in dem Falle, da von der Intestatbeerbung eines emancipirten Bruders die Rede ist, dem in der Familie gebliebenen Bruder schon das Edictum *unde cognati* hinlänglich zu statten gekommen, und folglich die Constitution des Kaisers Anastasius überflüssig gewesen. Da nun der Prätor den Bonorum possessor nicht zur Tutel verpflichtete, der in der väterlichen Gewalt gebliebene Bruder aber hier nicht *ex constitutione* Anastasii legitimus heres war, so habe die Tutel, welche derselbe nach dem Tode des Vaters über das emancipirte unmündige Geschwister erhielt, keine andere, als eine fiduciaria tutela seyn können.

Unsere neueren[63]) haben wohl das Räthsel am natürlichsten gelöst, wenn sie sagen, die Verfasser der Institutionen wären in der Darstellung dieser Lehre bloß ihrem Muster gefolgt, denn Gajus konnte freylich davon keine Ahnung haben, was nach Jahrhunderten Anastasius verordnen würde, daher werden auch in den Pandecten die Söhne des emancipirenden Vaters, in Rücksicht der nach dem Tode desselben zu übernehmenden Tutel, vom Modestin[64]) *fiduciarii* tutores fratris vel sororis genennt.

In der Constitution des Kaisers Anastasius wird aber auch die Tutel des Vatersbruders über seinen Neffen eine legitima genennt. Allein in den Institutionen ist

3) der Vatersbruder, der nach dem Tode seines

63) S. Thibaut angef. Abhandl. S. 293. und Zimmern angef. Abhandlung. S. 247. a. E.

64) *L. 4. D. h. t.*

Vaters die Vormundschaft über seinen unmündigen Neffen erhält, unter den *fiduciarii tutores* begriffen. Darauf deutet vorzüglich das *et ceterorum* hin, wie aus der Paraphrase des Theophilus erhellet, in welcher diese Worte auf folgende Art erläutert werden. Ich habe einen Sohn, der älter ist, als fünf und zwanzig Jahre, und einen Enkel, oder eine Enkelin von einem verstorbenen Sohne. Den Enkel habe ich emancipirt. Hier werde ich legitimer, nach meinem Tode aber mein anderer Sohn fiduciarius tutor seyn, und dieser ist der Oheim des emancipirten Kindes. Da jedoch Justinian in dem Vordersatze, wo er von der legitima tutela parentis manumissoris handelt, nicht bloß der Kinder des ersten Grades, sondern auch der Enkel, ja Urenkel gedenkt; so sind auch hier unter den *ceteri* des Bruders Kinder und Enkel zu verstehen [65]), und es erhellet hieraus zugleich, daß die Worte *et ceterorum* nicht, wie in mehreren alten Ausgaben geschehen ist, weggelassen werden dürfen, weil nicht abzusehen wäre, warum sich die fiduciaria tutela, da sie unläugbar der tutela patronorum ist nachgebildet worden, mit den Brüdern hätte endigen sollen.

Die Ordnung, wie die fiduciaria tutela nach des emancipirenden Vaters Tode übertragen wurde, war also nach den Institutionen folgende. Deferirt ward sie zuerst dem Vater des vom Großvater emancipirten Enkels, dann den Brüdern des emancipirten Kindes, dann dem Oheim, oder Großoheim [66]).

65) Cujacius Not. ad Instit. Tit. de fiduciar. tutela, und Wesenbec Comment. ad eund. Tit. nr. 2.

66) S. Thibaut angef. Abhandlung. S. 294 f. Nr. III.

Wenn K. Anastasius in der oben angeführten *L. 4. C. de legitima tutela* auch schon der Brüder Kinder gedenkt, und die Tutel über dieselben eine legitima nennt, so ist schon von andern [67]) bemerkt worden, daß die Worte: *nec non liberorum fratrum* aus der neuern Verordnung des Kaisers Justinian *L. ult. §. 3. et 4. Cod. de legitimis heredibus* interpolirt worden sind. Denn Kr. Anastasius gab nur den emancipirten Geschwistern ein gesetzliches Erbrecht, nicht den Kindern derselben, und ersteren auch nur mit einer bedeutenden Verminderung derjenigen Portion, die sie erhalten haben würden, wenn sie nicht emancipirt worden wären, nämlich in dem Falle, da sie mit nicht emancipirten Geschwistern concurrirten [68]); und wegen dieses Erbrechts hatte sie auch Anastasius der Last der Vormundschaft unterworfen [69]). Erst Justinian erweiterte die Lex Anastasiana dergestalt, daß nicht nur die emancipirten Geschwister die nicht emancipirten mit gleichem Rechte, und ohne alle Verkürzung ihres Erbtheils beerben sollten, sondern daß auch den Kindern derselben, jedoch nur den Söhnen und Töchtern der Geschwister, ein gleiches Erbrecht mit den Kindern der nicht emancipirten Geschwister zustehen solle [70]). Es sollten aber auch diese Personen, deren Erbrecht Justinian

67) Man sehe hier vorzüglich *Gerl.* SCHELTINGA Diss. de Emancipationibus. P. II. §. 14. (*in Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 528 sq.)

68) §. 1. *J. de success. cognator.* THEOPHILUS Paraphr. ad h. §. S. meine Intestaterbfolge §. 82. S. 288.

69) *L.* 5. *C. de curatore furiosi.* (V. 70.)

70) *L.* 15. § 3. *C. de legitim. heredib.* (VI. 58.) S. die Erört. der Intestaterbfolge. §. 115.

auf diese Art erweitert hatte, und also der Vatersbruder über seines emancipirten Bruders, oder seiner emancipirten Schwester Sohn oder Tochter die Tutel übernehmen, ut non solum lucrum sentiant, sed etiam gravamini subjugentur [71]).

Nun entsteht aber die Frage, warum die Söhne des emancipirenden Vaters, wenn sie nach dem Tode desselben die Tutel über das von demselben emancipirte unmündige Kind erhielten, nicht eben so, wie die Söhne des Patrons, legitimi tutores genannt wurden, da doch die Tutel des emancipirenden Vaters eben so, wie die Tutel des Patrons, ausdrücklich eine legitima tutela genennt wird? Die Institutionen geben darüber in den Worten: *Atqui* [72])

71) *L. cit.* 15. §. 4. *C. de legit. hered.*

72) Biener liest *atque*, in Verbindung mit dem Vorhergehenden. Allein offenbar soll hier einem Einwurfe begegnet werden, der hier gemacht werden könnte. Dieß ergiebt sich auch aus der Paraphrase des Theophilus. In dieser heißt es: Ἀλλ᾽ ἔχει τις εἰπεῖν, τί δήποτε etc. i. e. *Sed possit aliquis dicere*, *curnam* etc.; und auch hier fängt eine neue Periode an. Die Lesart ATQUE ist daher offenbar unrichtig, welche ich auch in keiner einzigen meiner glossirten und unglossirten Ausgaben gefunden habe. Mit Hülfe der Paraphrase des Theophilus ist nun auch diese von mehreren Auslegern für schwierig, ja vom Hotoman für verstümmelt gehaltenen Stelle leicht zu erklären. Der Sinn ist folgender. „Allein, könnte man einwenden, wenn der Patron, als legitimer Vormund seines Freygelassenen stirbt, so sind ja auch desselben Kinder legitimi tutores. Warum ist es nun bey den männlichen Descendenten des emancipirenden Vaters anders? Der Grund dieses Unterschie-

patrono etc. mit welchen Cujaz mit Recht eine neue Periode anfängt, folgende Aufklärung. Man könne, sagen sie, die Kinder des emancipirenden Vaters darum nicht, wie die Kinder des Patrons, legitimi tutores nennen, weil auf die letzteren, ohne Manumission des Sklaven, das Eigenthum und die herrschaftliche Gewalt würde übergegangen seyn, auf die Kinder des emancipirenden Vaters aber, ohne Emancipation, nicht die väterliche Gewalt desselben, sondern das Kind würde nach dem Tode des Vaters sui iuris geworden seyn. Nicht alle Ausleger hat jedoch diese Art der Auflösung unsers Problems befriedigen wollen. Man hat dagegen eingewendet, der angeführte Grund sey nur zum Theil wahr. Er passe nicht auf die fiduciaria tutela patris, weil ja der Enkel, wenn er von dem Großvater nicht wäre emancipirt worden, nach dem Tode desselben, in die Gewalt seines Vaters gefallen

des beruht darin." — GEBAUER cit. Excurs. pag. 312. meint, nach den Worten: legitimi sunt tutores, hätte noch hinzufügt werden sollen: *qui itaque fit*, *ut patre*, *pariter legitimo tutore*, *mortuo*, *liberi eius non legitimi*, *sed fiduciarii sint dicanturque tutores? Hoc autem ideo fit*, *quoniam filius quidem defuncti* etc. Allein man hat deswegen nicht nöthig, die Abschreiber hier einer Nachläßigkeit zu beschuldigen. Denn die nämliche Art, wie hier Justinian einem Einwurfe begegnet, findet sich auch beym TACITUS *Annal.* Lib. XIV. cap. 44. wie *Ant.* MATTHAEI in Comm. ad h. l. Institution. bemerkt hat. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 9. in fin. führt ein ähnliches Beyspiel aus *L.* 68. *D. de hered. instit.* an. Man sehe auch *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppii* Comment. h. t. not. b. pag. 168. sq.

wäre [73]). So Cujaz [74]), dem auch Vultejus [75]), Fabrot [76]), Joseph Nerius [77]), Everard Otto [78]), Arnold Vinnius [79]), Janus a Costa [80]) und Carl Fried. Walch [81]) gefolgt sind. Gebauer [82]) will aber Justinians Grund auch nicht einmal bey der fiduciaria fratrum tutela gelten lassen, weil darauf gar nichts ankomme, ob der Pupill nach dem Tode seines Manumissors, sofern keine Manumission oder Emancipation Statt gehabt hätte, in die Gewalt seines Vormundes gefallen wäre, oder nicht. Eben so Thibaut [83]). Andere hingegen, besonders Donellus [84]),

73) *Pr. J. Quib. mod. ius P. P. solvitur.*

74) Not. prior. ad Tit. Inst. de fid. tut.

75) Comm. ad eund. Tit. pag. 118.

76) Ad *Theophili* Paraphras. h. t. Not. i. edit. *Reitz.* pag. 162.

77) Analector. Lib. II. Cap. 17. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. II. pag. 427.)

78) Notae criticae et Commentar. ad Institut. Tit. de fid. tut. n. 6.

79) Comm. ad Institut. h. t.

80) Comm. ad h. Tit. Instit.

81) Ad *Hoppii* Comm. ad Instit. h. t. not. d. pag. 169.

82) Cit. Excurs. ad h. Tit. Inst. §. III. Ord. Institution. pag. 315.

83) Angef. Abhandl. S. 292.

84) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 8. Vol. II. pag. 60. edit. *Koenig.*

Anton Faber[85]), Franz Bröus[86]), Emund Merillius[87]), Reinh. Bachov[88]) und Jos. Fernand. de Retes[89]), haben Justinians Erklärung in beyden Fällen zu rechtfertigen gesucht. Sie passe, sagt man, auch auf den Vater, der nach dem Tode des Großvaters über den von demselben emancipirten Enkel, als sein Kind, die fiduciarische Tutel erhält. Denn wäre auch der Enkel nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt seines Vaters gefallen, wenn keine Emancipation erfolgt wäre, so würde er doch diese Gewalt nicht iure successionis, wie der Sohn des Patrons nach dem Tode seines Vaters die herrschaftliche Gewalt über den Freygelassenen, wenn er nicht wäre manumittirt worden, erhalten hätte, sondern proprio patris iure bekommen haben, wenn er auch wäre enterbt worden. Der Unterschied zwischen dem Vater des Enkels und dem Sohne des Patrons sey also sichtbar, und daher auch kein Wunder, wenn der Vater nach dem Tode des Großvaters nicht in die Tutel desselben succedire; da die Gewalt nicht auf ihn übergehe, welche zu dieser Tutel die Veranlassung gegeben hat[90]). Gesetzt aber auch, fügt man hinzu, der von Justinian angeführte Grund passe nicht auf die fiduciaria tutela patris,

85) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. II. Illat. 4. pag. 746. sq.

86) Exposit. in Justin. Institut. ad h. Tit. §. 6. pag. 139.

87) Comment. ad Instit. h. t. pag. 74.

88) Not. et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Diss. VIII. Th. 3. Lit. G. pag. 426.

89) Opuscul. Lib. I. Cap. 7. §. 9. (*Th. Meerm.* VI. p. 41.)

90) S. Donellus c. l. §. 9. Vinnius c. l. und Balduinus Comment. ad Instit. h. t.

so müsse man bedenken, daß auch die Röm. Rechtsgelehrten nicht immer auf alle Fälle passende Gründe, besonders bey Sätzen bekannten Rechts, angeführt haben, die deswegen doch nicht verworfen werden dürften [91]). Die meisten [92]) erklären jedoch den wahren Grund des Unterschiedes auf folgende Art. Das Gesetz der XII Tafeln, sagen sie, habe den Patron, so wie desselben Kinder, ausdrücklich zur Erbfolge des Freygelassenen, mithin auch folgeweise zur legitima tutela über denselben berufen. Des emancipirenden Vaters aber gedenken die XII Tafeln so wenig, als seiner Kinder. Man hielt es indessen für billig, dem Vater, exemplo patroni, ein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes einzuräumen [93]). So ließ sich nun also die Tutel des emancipirenden Vaters, wie die des Patrons, ihres Grundes wegen, auf die XII Tafeln zurückführen, und man konnte sie deswegen mit Recht eine legitima tutela nennen. Ein solches Civilerbrecht hatten hingegen die Kinder des emancipirenden Vaters nicht in dem Vermögen des emancipirten Kindes. Der Prätor gab ihnen zwar, als Cognaten, die bonorum possessio. Aber wo keine legitima successio Statt findet, da konnte auch keine legitima tutela eintreten. Denn so wie der Prätor nicht kann heredem facere, wie Justinian sagt [94]), so auch keinen Tutor, weil Beydes tutela und hereditas civilrechtlich ist. Daher

91) S. Vultejus Comm. h. t. *Jan. a* Costa Comm. ad eund. Tit. Institut. *de* Retes l. c. §. 9. in fin.

92) S. Wesenbec, *Jan. a* Costa, *Ulr.* Huber, *Ev.* Otto, *Arn.* Vinnius in Comm. ad Institut. h. t. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. n. Thibaut angef. Abhandl. S. 293. u. a.

93) *L. 1. pr. D. Si a parente quis manumiss.*

94) §. 2. *J. de Bonor. possess.*

konnte die Tutel, welche nach dem Tode des Emancipirenden auf dessen großjährige Söhne übergieng, keine legitima seyn. Warum hieß sie denn aber fiduciaria? Auch diese Frage wird von den Rechtsgelehrten verschiedentlich beantwortet. Daß die Benennung von dem Worte fiducia abstammt, hat keinen Zweifel. Dieß wird nun aber auf dreyerley Art erklärt. Einige [95]) erklären es von dem Vertrauen gegen diejenigen, denen diese fiduciaria tutela deferirt wird, wegen der Zuneigung gegen das emancipirte unmündige Kind. Andere [96]) von der fiducia, oder dem Vertrauen, welches bey dieser Tutel zum Grunde liege, es werde von den Rechten, welche in der Patronatstutel liegen, factisch kein Gebrauch gemacht werden. Die meisten [97]) verstehen jedoch darunter die lex oder das pactum fiduciae, welches nach dem ältern Rechte der Vater bey der Mancipation eines Kindes, das auf solche Art Anfangs wirklich verkauft wurde [98]), in der

95) Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 7. (Vol. II. pag. 59. edit. *Koenig.*) *de* Retes Opusculor. Lib. I. cap. 7. (*Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 43.) *Ant.* Matthaei Comm. ad Instit. h. t pag. 441. u. a.

96) Ed. Gans Scholien zum Gajus. IV. Schol. S. 198. f.

97) *Gerh.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Exemplo patronorum. (T. II. *Opp.* pag. 547.) *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. G. pag. 427. *Herm.* Vultejus Comm. ad Instit. h. T. pag. 118. *Matth.* Wesenbec Comm. pag. 202. *Ev.* Otto Comment. ad h. Tit. nr. 3. *Ge. Christ.* Gebauer cit. Excurs. pag. 305. sqq. und Zimmern angef. Abhandl. S. 148. und Gesch. des Röm. Privat. R. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 873.

98) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 158. und Unterholzner von den Formen der manumiss. p. vindictam und der emancipatio. §. II. (in d. Zeit-

Folge aber gewöhnlich nur zum Schein, (dicis causa)[99]), mit dem Käufer schloß, wodurch er denselben zur Manumission, oder zur Remancipation verpflichtete. Sollte nämnämlich ein Sohn emancipirt werden, so konnte dieses nach dem ältern Rechte anders nicht geschehen, als wenn er zuvor in mancipium gegeben, und dann manumittirt worden war. So sagt Ulpian[100]): Liberi parentum potestate liberantur *emancipatione*, id est, *si, posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint.* Der Sohn kam dadurch zwar in eine Art von Sklaverey[1]); jedoch nicht ohne Berücksichtigung des ursprünglich freyen Standes der Person, obgleich das Verhältniß immer Nachahmung der potestas domini blieb[2]). Der Käufer ac-

schrift für gesch. Rechtswiss. 2. B. S. 158.) Schweppe Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterth. §. 373. auch Gans Scholien z. Gajus 3. Sch. S. 152. ff.

99) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 141. Jedoch hat sich der wahre Verkauf der Kinder, neben der imaginaria mancipatio, auch noch zu Gajus Zeiten erhalten, wie aus mehreren Stellen desselben erhellet. Man sehe *Corn. Jac. van* Assen Adnotatio ad Institution. Gaji commentarios. Lib. I. (*Lugd. Batav.* 1826. 8.) ad §. 132. pag. 91. sq.

100) *Fragm. Tit. X.* §. 1.

1) *Institution. Comm. I.* §. 123. besonders §. 138. wo es heißt: Ji, qui in causa mancipii sunt, *quia servorum loco habentur*, vindicta, censu, testamento manumissi, sui iuris fiunt. S. *van* Assen Adnotatio. ad h. §. 138. pag. 98. sq.

2) Zimmern Geschichte 1. B. 2. Abth. §. 226. Schweppe R. Rechtsgesch. §. 391. und §. 394. S. auch *Ed.* Boeking Commentat. de mancipii causis. (*Berolin.* 1826. 8.) Cap. I. Art. I.

quirirte zwar durch den Sohn, so wie man durch diejenigen erwarb, qui in potestate nostra sunt [3]), aber Sklavendienste konnte er nicht fordern, er durfte ihn auch nicht sklavisch behandeln, weil sonst die Injurienklage gegen ihn Statt fand [4]). Da diese Sklaverey nur als Durchgang zur Freyheit diente, so durfte der Sohn auch nur eine Zeitlang in causa mancipii gelassen werden [5]). Daher geschahe die Mancipation ea lege, ut manumittatur [6]). Denn da eine solche Bedingung auch dem Verkaufe eines Sklaven beygefügt werden konnte [7]); so ist nicht zu glauben, daß es ein Vater der Willkühr des Käufers werde überlassen haben, wie lange er den Sohn in mancipio behalten wollte? Und so mußte denn der Sohn dreymal mancipirt, und dreymal manumittirt werden, wenn er frey werden sollte. An die erste und zweyte Mancipation konnte der Vater nur die Bedingung der Manumission, an die dritte aber die Bedingung der Remancipation knüpfen, so daß zuletzt der Vater selbst manumittirte, und die Patronatrechte gegen den emancipirten Sohn erlangte [8]). Wenn der Sohn nach der ersten und zweyten Mancipation

3) Gajus *Commentar. II.* §. 90.

4) Gajus *Comm. I.* §. 141.

5) Gajus I. §. 141. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno, (oder wie Cramer liest *minimo*) momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur. S. *van* Assen Adnotat. ad h. §. pag. 102.

6) S. Zimmern angef. Abhandl. S. 148.

7) *L. 3. D. de servis exportand.* (XVIII. 7.)

8) S. Gebauer cit. Excurs. pag. 306. sqq. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 225. und §. 233. S. 873. ff.

wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel, welches ipso iure [9]) geschahe, so blieben alle Agnations-Verhältnisse bestehen [10]). Daher fiel das von dem mancipirten Sohne nach dem ersten und zweyten Verkaufe gezeugte Kind in seines Großvaters Gewalt, wenn es auch gleich erst nach der dritten Mancipation war gebohren worden [11]); und das vom Vater in der Zwischenzeit gemachte Testament wurde durch den Rückfall des Sohns in die väterliche Gewalt rumpirt [12]); ja der mancipirte Sohn war ein suus heres, wenn er ex prima secundave mancipatione erst nach dem Tode seines Vaters war manumittirt worden [13]). Wenn aber der Sohn nach der dritten Mancipation dem Vater war remancipirt worden, so kam er nun nicht weiter in die väterliche Gewalt zurück [14]). Hierdurch waren alle Agnations-Verhältniße gelöst [15]), und

9) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 132. Theophilus *Paraphr. gr. Lib. I. Tit.* 12. §. 6. S. *van* Assen Adnotat. ad §. 132. pag. 93. sq.

10) Boethius *Comment. in Topica* Ciceron. cap. 5. Civitatis Romanae iure liberi retinentur in patrum arbitrio, usque dum tertia mancipatione solvantur.

11) Gajus *Comment. I.* §. 135.

12) Gajus *Comm. II.* §. 141. Ulpianus *Fragm. Tit. XXIII.* §. 3. in fin.

13) Gajus *Comm. III.* §. 6. und *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. Tit. XVI.* §. 2. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 792.)

14) S. *Gerl.* Scheltinga Diss. de Emancipationib. P. I. Cap. 3. §. XI. (in Fellenberg *Jurispr. antiq.* Tom. II. pag. 493.)

15) *L.* 3. §. 1. *D. de capite minutis.* Paulus *lib. XI. ad Edictum.* Emancipato filio — capitis minutio mani-

nun erst, als remancipatus, konnte der Sohn die Freyheit erhalten. Nam liber manumitti non poterat, sagt Theophilus[16]). Durch die Remancipation, die sich der Vater bey der dritten Mancipation ausbedungen hatte, erwarb nun derselbe, statt der durch den Verkauf verlornen väterlichen Gewalt, wie Unterholzner[17]) sagt, ein ius nexi, vermöge dessen er jetzt den Sohn selbst freylassen konnte, welches, wie bey Sklaven, per vindictam geschahe[18]), wodurch der Vater die damit ver-

festo accidit, cum emancipari nemo possit, *nisi in imaginariam servilem causam deductus.* Das Testament, welches der Vater nach der dritten Mancipation noch vor der Remancipation gemacht hatte, ward daher nicht rumpirt, weil der Sohn nun nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel. S. Scheltinga c. l. Eben so kam auch das Kind, was von einem zum dritten Male mancipirten Sohne war gezeugt worden, nicht in die Gewalt des Großvaters. Zwar behauptete Labeo, das Kind sey in dem Mancipium desjenigen, dessen Gewalt auch der Vater unterworfen sey. Allein der Gerichtsgebrauch hatte den Grundsatz sanctionirt, daß das rechtliche Verhältniß des Kindes so lange unentschieden bleiben sollte, als sich der Vater in dem Mancipium befindet. Wird er dann manumittirt, so sollte das Kind unter seine väterliche Gewalt kommen; stirbt er aber während des Manciipiums, so soll es sui iuris werden. S. Gajus I. §. 135. Dem Kinde wurde unterdessen ein Vormund gesetzt, wie bey einem solchen Kinde üblich war, dessen Vater sich in der Captivität befand. S. *van* Assen ad h. l. pag. 96. sq.

16) Paraphr. gr. Institution. Lib. I. Tit. 12. §. 6.

17) Angef. Abhandl. S. 162.

18) Gajus I. §. 132. Man sehe hier *van* Assen Adnotatio ad h. §. pag. 93.

bundenen Patronatrechte erwarb. So war also die lex fiduciae bey der Emancipation der Söhne zweyfach, die der ersten und zweyten Mancipation beygefügte, verpflichtete den Käufer des Sohnes zur Manumission desselben, die der dritten aber zur Remancipation [19].

19) LIVIUS *Lib XLI. cap* 8. und GAJUS I. §. 140. In der *Epitome Institution.* GAJI *ex Breviar. Alaric.* Lib. I. Tit. 6 §. 3. (in HUGO *iur. civ. Antejust.* Tom. I. p. 201.) heißt es insonderheit: Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumittatur: ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat. Hiermit stimmt auch Justinian §. 8. *J. de legitima agnator. success.* überein, wo er sagt: Ad legitimam successionem vocatur etiam parens, qui *contracta fiducia* filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Gans Scholien zum Gajus S. 173. meint zwar, daß, ohne ein besonderes pactum, schon in dem Scheinverkaufe die fiducia gelegen habe, weil beyde gewußt, daß nur darum mancipirt wird, damit remancipirt werde. Allein Justinian lehrt a. a. O. es sey erst durch seine Constitution (*L. ult. C. de emanc. lib.*) eingeführt worden, *ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri*, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, *nisi* SPECIALITER CONTRACTA FIDUCIA *parens manumisisset.* Man sehe auch *L.* 2. §. 15. *D. ad SCt. Tertull.* und THEOPHILUS *Paraphr. gr. Lib. III. Tit* 2. §. 8. Vergl. noch *Jac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissor. rescind. Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 292. edit. *Ritter. Franc. Car.* CONRADI de pacto fiduciae Exercit. I. §. 4 et 5. und *J. G. H.* STASS Diss. de contractu fiduciae ex veteris iuris Rom. principiis. *Leodii* 1824. 4.

Die Lex fiduciae hinderte auch, daß sich der Mancipirte nicht selbst die Freyheit durch Census verschaffen konnte, wie sonst denjenigen, qui in mancipio sunt, auch wider den Willen des Gewalt-Inhabers freystand. Nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit, wie Gajus [20]) sagt. Nur bey den Söhnen war jedoch diese dreymalige Mancipation nöthig, wenn sie sui iuris werden sollten. Die übrigen Kinder, mochten sie männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn, gingen schon durch eine einmalige Mancipation aus der väterlichen Gewalt. Der Grund war, wie uns Gajus [21]) sagt, weil das Gesetz der zwölf Tafeln nur bey dem Sohne von drey Mancipationen spricht in den Worten: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* [22]). Die Römischen Rechtsgelehrten glaubten daher, daß bey den Töchtern und Enkeln durch einmalige Mancipation und Manumission der feyerlichen Rechtsform ein Genüge geschehe [23]). Denn ohne alle Mancipation sie aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, erlaubte freylich die Strenge des Rechts nicht. Bey dieser einmaligen Mancipation galt nun eben das, was bey der zum dritten Male geschehenen Mancipation der Söhne Rechtens war. Daher wurde das nach der Mancipation einer Tochter, oder eines Enkels gemachte

20) *Commentar.* I. §. 140.

21) *Comm. I.* §. 132.

22) Ulpianus *Fragm. Tit.* X. §. 1. Vid. Ant. Schulting ad Eund. not. 5. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 592.)

23) S. *Franc.* Connanus Commentarior. iur. civ. Lib. II. cap. 13. n. 4. Conradi de pacto fiduciae. Ex. I. §. 4.

Testament des Vaters nicht rumpirt [24]. Denn bey der einmaligen Mancipation, welche hier immer unter der Bedingung der Remancipation geschahe, war ein Rückfall in die väterliche Gewalt nicht denkbar [25].

Wie nun aber, wenn derjenige, dem das Kind war mancipirt worden, der Verpflichtung nicht entsprach, welche ihm die lex fiduciae auflegte, d. h. nicht manumittirte oder remancipirte? Dann konnte gegen ihn ex fiducia geklagt werden. Papinian [26] gedenkt dieses *iudicii fiduciae* bey Gelegenheit der noxae datio eines hominis liberi ausdrücklich. Zwar fand gerade in diesem Falle dieses iudicium nicht Statt; allein deswegen läßt sich die Annahme eines pacti fiduciae bey den Emancipationen der Kinder nicht bestreiten. Denn hatte der Vater den Sohn, in Folge einer Noxalklage, zum Ersatz des von demselben wegen eines begangenen Delicts verursachten Schadens in das mancipium gegeben; so mußte der Herr den filiusfamilias manumittiren, sobald der Schaden

24) *L.* 8. §. 1. *D. de iniusto, rupto, et irr. testam.* Ulpianus *Lib. XI. ad Sabinum.* Filia cum emancipatur, vel nepos, *quia una mancipatione exeunt de potestate*, testamentum non rumpunt.

25) S. *Ant.* Schulting ad Ulpian. Tit. XXIII. §. 3. not. 7. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 646)

26) *Mosaicar. et Romanar. Legum Collat. Tit. II.* §. 3. Papinian sagt hier in einer aus desselben *libro Definitionum secundo*, sub titulo *de iudicatis* genommenen Stelle: Per hominem liberum noxiae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: *sed fiduciae iudicio non tenetur.* (In *Jur. civ. Antejust.* von Hugo Tom. II. pag. 1425.)

von demselben ersetzt war [27]). Dann konnte er selbst beym Prätor um seine Entlassung bitten. Eher konnte er wider den Willen desjenigen, cuius in mancipio erat, auch nicht einmal durch Census die Freyheit erlangen. Denn der Kläger hatte hier den Sohn statt einer Entschädigung in Gelde (pro pecunia) erhalten [28]). Da jedoch die Haussöhne in eben der Form noxae gegeben wurden, und in dasselbe Verhältniß kamen, wie bey der freywilligen Mancipation [29]), so entsteht die Frage, ob der ex noxali causa mancipirte filiusfamilias, nachdem ihn der Herr manumittirt hatte, in die Gewalt seines Vaters zurückgefallen, und also bey dieser erzwungenen Mancipation eben so, wie bey der freywilligen Emancipation der Haussöhne, eine dreymalige Wiederholung nöthig gewesen sey, um der väterlichen Gewalt auf immer ein Ende zu machen, oder ob hier die Mancipation ex noxali causa, und die darauf erfolgte Manumission schon hinreichend gewesen, um auch in Ansehung des Vaters sui iuris zu werden? Diese Frage war, wie Gajus [30]) lehrt, unter den Secten

27) S. Gans Scholien zum Gajus. 3. Schol. S. 155.

28) Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 140. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater *ex noxali causa* mancipio dedit: velut qui furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit: *nam hunc actor pro pecunia habet.* Man sehe auch §. 141. *in fin.* Vergl. Zimmern Gesch. des R. Priv. R. 1. B. §. 191. S. 702. und Not. 24.

29) Gajus *Comm. I.* §. 140. *et* 141. *Comm. IV.* §. 79. S. Zimmern a. a. O. S. 701.

30) *Comm. IV.* §. 79. Cum autem filius familias *ex noxali causa* mancipio datur, diversae scholae auctores

streitig. Die Sabinianer erklärten die einmalige Mancipation hier für hinreichend, während die Proculianer auch bey der noxae deditio eines Haussohnes dessen dreymalige Mancipation verlangten. Jene behaupteten nämlich, das Gesetz der zwölf Tafeln von der trina venditio filiorum familias sey nur von einer mancipatio voluntaria zu verstehen, welche die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Emancipation zum Zweck habe. Die Proculianer hingegen, welche zu der von der Gegenparthey gemachten Unterscheidung in der ratio jenes Gesetzes keinen hinreichenden Anlaß fanden, erklärten sich für die wörtliche Anwendung des Princips der Decemviren [31]). Allein jene Meinung scheint in der Praxis mehr Beyfall gefunden zu haben. Denn nun läßt sich daraus erklären, warum bey der noxae datio eines hominis liberi nach Paulus kein fiduciae iudicium Statt fand, nämlich weil der Herr sich hier nicht so, wie bey der Emancipation, durch fiducia beschränken zu lassen brauchte, folglich auch den filiusfamilias, den er ex causa noxali in Mancipium erhalten hatte, zu remancipiren nicht verpflichtet war [32]).

putant, ter eum mancipio dari debere, quia *lege XII. tabularum* cautum sit, (*ne aliter filius de potestate patris*) exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, tres enim *lege XII. tabularum* ad voluntarias mancipationes pertinere.

31) S. Dirksen über die Schulen der römischen Juristen. Kap. I. §. 1. §. XIII. (in den Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. S. 89 f.)

32) S. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 737. sq. Not. 12. Schulting behauptet zwar dennoch, der fi-

Von dem pacto fiduciae, wodurch die Emancipation vorbereitet wurde, hätte also wohl die Tutel des Vaters über das emancipirte unmündige Kind *fiduciaria* genennt werden können, wie auch wirklich mehrere [33]) behaupten. Allein daß dieses doch nicht so sey, auch wohl jetzt Niemand mehr aus der oben angeführten Stelle Ulpians [34]) zu erweisen sich wird beygehen lassen, nachdem uns die wiedergefundenen Institutionen des Gajus eines Andern belehrt haben, ist bereits oben [35]) gezeigt worden.

liusfamilias sey nach der ersten Mancipation an den Vater zurückgefallen, wenn gleich kein fiduciae iudicium Statt gefunden habe. Allein hätte es fest gestanden, daß remancipirt werden müssen, so hätte keine Streitfrage darüber entstehen können, ob eine dreymalige Mancipation nöthig sey, wenn ein homo liber ex causa noxali war mancipirt worden. S. Gans Scholien zum Gajus. S. 157. Die ganz richtige Erklärung der Stelle des Paulus hat *Jo.* Cannegieter ad Collat. LL. Mos. et Rom. c. l. (adj. Ejusdem *Nott. ad Domitii Ulpiani fragmenta.* Lugd. Batav. 1774. 4. pag. 189.) Man sehe auch Zimmern S. 702. Not. 24.

33) S. Cujacius ad Ulp. fragm. Tit. XI. §. 5. (in Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 595. Not. 15.) Gebauer cit. Excurs. pag. 317. sq. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 182. Not. 1.

34) *Fragm. Tit. XI.* §. 5.

35) S. 356. ff. Dagegen kann Theophilus *Paraphr.* gr. Lib. I. Tit. 23. Pr. nicht zum Beweise dienen, wenn es daselbst bey Reitz Tom. I. pag. 177. heißt: Quum ergo diximus de tutoribus, et quot sunt tutelae: sunt autem hae, testamentaria, agnatorum sive legitima, patronorum, (*hac vero* fiduciaria *etiam patrum emancipantium tutela continetur*) etc. Denn Reitz hat in den Addend. et Corrigend. Tom. I. pag. LXIX. den

Man legte diesen Namen der Tutel bey, welche, nach dem Tode des patris manumissoris, desselben großjährige Söhne über das emancipirte unmündige Kind fortsetzten. Von dieser läßt sich also kein anderer Ursprung der Benennung annehmen, als der von dem pactum fiduciae abgeleitet wird, welches, wie andere Verträge, auf die Erben übergieng [36]. Warum man aber diese Tutel nicht eben so, wie die des patris manumissoris, eine legitima nannte, ist oben schon bemerkt worden.

§. 1316. c.

Alterius generis fiduciarii tutores nach Ulpian und Gajus.

So weit geht die Lehre der Institutionen und des Theophilus von der fiduciaria tutela. Noch weiter gehen Ulpian und Gajus. Aus Ulpian [37]) ler-

Irrthum, der hier in der Abtheilung begangen worden, verbessert. Denn wenn es daselbst heißt (ταύτη δὲ περιέχεται καὶ ἡ τῶν ἐλευθερωσάντων· πατέρων ἐπιτροπὴ φιδουκαρία) so muß das Wort φιδουκαρία von der Parenthese getrennt, und die Stelle so übersetzt werden: (*hac vero patrum quoque emancipantium tutela continetur*) *fiduciaria et Atiliana*. Die unrichtige Lesart haben jedoch, dieser von Reitz selbst gemachten Verbesserung ungeachtet, *Jo. Rudolph.* Iselius iu seiner neuen Ausgabe von *Ev.* Ottonis Commentar. ad Institut. mit Beyfügung der lateinischen Uebersetzung der Paraphrase des Theophilus von Reitz (*Basiliae* 1760. 4.) pag. 109. und Carl Wüstemann in seiner deutschen Uebersetzung der Paraphrase (Berlin 1823. 8.) 1. B. S. 187. beybehalten.

36) *L.* 9. *D. de probat. L.* 2. *C. de pactis inter Emtor. et Venditor. compos.* (IV. 54.) S. Wesenbec Commentar. ad Institut. h. t. pag. 202.

37) *Fragm. Tit. XI.* §. 5. (in Iur. civ. Antejust. von Hugo Tom. I. pag. 35.)

nen wir, daß auch derjenige, der ein ihm vom Vater oder vom *Coemptionator* mancipirtes liberum caput, manumittirt hat, desselben Vormund geworden, und *fiduciarius tutor* genennt worden sey. Er sagt:

Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor* appellatur.

Eben dieses sagt Gajus in einer zwar lückenhaften, aber offenbar von der *fiduciaria tutela* sprechenden Stelle [38]). Sie lautet in der zweyten Ausgabe (Berlin 1824.) folgendermassen.

Exemplo patronorum — — — — — sunt — — — fiduciariae — — — — quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis, vel a parente, vel a coemptionatore, manumiserimus.

Allein Gajus [39]) giebt uns noch ausserdem über die fiduciaria tutela neue vorher völlig unbekannt gewesene Aufschlüsse. Er erzählt uns nämlich, daß auch der Vormund, den eine Frauensperson, statt ihres bisherigen legitimus tutor, zu haben wünschte, und durch coemptio cum extraneo, wodurch sie in desselben manus kam, erhalten konnte, eben so, wie jeder manumissor liberi capitis, fiduciarius tutor sey genennt worden. Durch eine *Coemptio*, sagt Gajus, kommen Frauenspersonen in die manus eines Andern. Diese Handlung geschieht

38) *Commentar. I.* §. 166.

39) *Comm. I.* §. 113. 114. 115. S. den 28. Th. §. 1298. S. 452. und von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. S. 425. ff.

vermittelst der Mancipation, d. h. vermittelst eines Verkaufs, der nur sinnbildlich und zum Schein, unter Zuziehung von nicht weniger als fünf Zeugen, welche mannbare römische Bürger seyn mußten, und eines Libripens, deren Gegenwart, ausser der Frauensperson, und dem Manne, in dessen manus sie kam, dabey erforderlich war, verrichtet wurde. Eine solche Coemption konnte nun eine Frauensperson nicht nur mit ihrem künftigen Ehemanne, sondern auch mit einem Fremden eingehen. Jene wurde *coemptio matrimonii causa*, diese *coemptio fiduciae causa* genennt. Wenn nämlich eine Frau mit ihrem Ehemanne eine Coemption eingieng, in der Absicht, ut apud eum filiae loco sit, so sagte man, sie habe die Coemption der Ehe wegen vollzogen. Hatte sie hingegen aus einer andern Ursache, z. B. um der bisherigen Tutel entlediget zu werden, mit einem Fremden eine Coemption eingegangen, so hieß es, sie habe dieselbe *fiduciae causa* vorgenommen. Die letzte Art der Coemption gehört nur eigentlich hierher, mit welcher es, wie Gajus uns weiter darüber belehrt, folgende Bewandniß hatte. Wenn eine Frauensperson ihren bisherigen Tutor gern los werden wollte, so konnte sie, um einen andern Vormund, den sie wünschte, zu erhalten, unter jenes Auctorität eine solche coemptio fiduciaria cum extraneo eingehen, wodurch sie vermittelst der Mancipation in dessen manus kam. Dieser Fremde, welcher über eine Frauensperson, jedoch nicht als Ehemann, die manus hatte, erhielt den technischen Namen *coemptionator* [40]). Ward sie nun von die-

40) So unterschied sich der Coemptionator von dem, der durch die Coemptio Ehemann geworden, in dessen manus die Frau als Tochter anzusehen war. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 366. Z. 20. der

sem in Folge ihrer der Mancipation hinzugefügten lex fiduciae einem andern von ihr selbst gewählten Manne **remancipirt**, d. h. weiter verkauft [41]), und von demselben endlich vindicta **manumittirt**; so ward dieser ihr Manumissor nach der Analogie des Patronatverhältnisses ihr Tutor, und dieser *fiduciarius* genennt.

Noch eine Stelle des **Gajus** ist hier besonders merkwürdig. Er sagt nämlich *Commentar. I.* §. 195.

Potest autem pluribus modis libertina *alterius generis tutorem* habere: (sc. quam patronum) veluti si a femina manumissa sit: tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem etc. — Sed et cum *a masculo* manumissa fuerit, et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est: qui *fiduciarius* dicitur.

Es war also nicht der coemptionator selbst, welcher die in seine manus gekommene Frauensperson manumittirte, sondern sie mußte erst in den Sklavenzustand, in causam imaginariae servitutis, oder mancipii

8. Aufl. **Zimmern** Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 140. S. 312.

41) Gajus *Comm. II.* §. 115. sagt: a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui *tutor fiduciarias* dicitur. Den Ausdruck *remancipata* erklärt Festus h. v. pag. m. 85. (1583. 8.) Remancipatam *Gallus Aelius* esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit. S. *Christ. Gottl.* Haubold Diss. de C. Aelio Gallo ICto, eiusque fragmentis. *Lipsiae* 1823. 8. §. XVII.

kommen, um manumittirt werden zu können. Zu dem Zweck wurde sie von dem coemptionator remancipirt. Die manus des coemptionator konnte also eben so, wie die patria potestas, nur auf diesem Umwege aufgehoben werden. Denn derjenige, welcher ein Kind vom Vater kaufte und manumittirte, stand völlig gleich mit demjenigen, der dem Coemptionater die in seine manus gekommene Frau abkaufte, und freyließ. Und von der auch hier der Mancipation hinzugefügten lex fiduciae hieß der Manumissor *fiduciarius tutor*, wenn gleich auch der extraneus manumissor liberi hominis ein Civilerbrecht hatte [42].

§. 1316. d.

Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela nach Gajus.

Nur hauptsächlich bey der Weiber-Tutel war jedoch der Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela, wie uns Gajus belehrt, von einiger Bedeutung. Der fiduciarius tutor hatte 1) nicht das Recht die Tutel zu cediren, weil er sich selbst dieser Last unterzogen. Diese Meinung hatte man wenigstens angenommen. Denn daß dieses eine Streitfrage gewesen sey, lernen wir aus Gajus [43]. Die legitima tutela hingegen, welche, seitdem der Agnaten gesetzliche Tutel über die Frauen schon

42) *Mosaic. et Romanar. LL. Collat. Tit. XVI.* sub fin. Gajus *Epitom. Institut. Lib. I. Tit.* 6. §. 3. S. Zimmern Abhandl. in den Röm. rechtl. Untersuchungen. S. 148.

43) *Commentar. I.* §. 172. Sed *fiduciarios* quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, *cum ipsi se oneri subiecerint.* Quod etsi placeat etc.

K. Claudius aufgehoben hatte, ohnehin nur noch die der Patronen und ihrer Kinder, so wie die nach dem Beyspiel derselben eingeführten Tutel der Väter als legitima geblieben war [44]), konnte in iure cedirt werden [45]). Sonst war zwar auch, wie Gajus [46]) referirt, den Agnaten, als legitimi tutores, so gut, wie den Manumissoren, erlaubt, die Tutel über Frauenspersonen zu cediren, von einer solchen cessitia tutela konnte aber freylich nicht mehr die Rede seyn, nachdem die Agnaten-Tutel über Frauenspersonen durch die lex Claudia war aufgehoben worden [47]). Hiermit fiel denn nun auch die Nothwendigkeit einer coemptio fiduciaria weg, zu welcher sonst Frauenspersonen ihre Zuflucht nehmen mußten, um der Agnaten-Tutel auszuweichen [48]).

Ein anderer Unterschied bestand darin, daß der legitime Tutor, nämlich der Patron, und der parens manumissor, nicht genöthiget werden konnte, seine zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderliche Auctorität zu interponiren, wäh-

44) S. Zimmern Gesch. 1. B. §. 233. S. 875. a. E.

45) Gajus *Comment. I.* §. 172. In parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et *legitimus tutor* habeatur, et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est. S. auch §. 175. und Gans Scholien S. 192.

46) *Comm. I.* §. 168. S. auch §. 157.

47) Gaius *Comm. I.* §. 171.

48) S. *Corn. Jac. van* Assen Adnotat. ad Institution. Gaji Commentar. ad §. 157. pag. 108. und von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 115. Not. 11. S. 478.

rend der fiduciarius tutor auch wider seinen Willen auctor zu werden, vom Prätor gezwungen werden konnte [49]. Denn da Frauenspersonen von reifen Alter ihre Angelegenheiten selbst besorgten, so übte der Vormund nur in gewissen Fällen seine Auctorität blos zum Schein (dicis gratia) aus [50]. Hierin bestand noch zur Zeit des Gajus der einzige Vortheil, den die legitima tutela gewährte, daß der Patron, so wie der Vater der Freygelassenen oder der Emancipirten, deren legitimus tutor er war, wenn sie ein Testament machen, oder res mancipi veräussern, oder Obligationen eingehen wollten, seine Auctorität versagen konnte, ausgenommen, wenn eine dringende Veranlassung zur Veräusserung einer res mancipi, oder zur Eingehung einer Obligation eintreten sollte. Alles dieses war um der Vormünder selbst willen verordnet. Denn da dem Patron der Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Liberta, so wie dem Vater der Nachlaß der emancipirten Tochter oder Enkelin gebührte; so sorgten sie auch als legitimi tutores dafür, daß sie weder durch Testament von dieser Erbschaft ausgeschlossen, noch auch der Nachlaß durch Veräusserung der kostbareren Sachen, und Contrahirung von Schulden vermindert werden möchte [51].

49) Gajus Comm. I. §. 190.

50) Gajus *Comm. I.* §. 190. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 27. S. *van* Assen Adnotat. ad Lib. I. Comment. Gaji. §. 192. pag. 121.

51) Gajus *Comm. I.* §. 292. *et III.* §. 43. Cicero *pro Flacco cap.* 34. *et* 35. *Pro Caecinna. Cap.* 25. *Topic. Cap.* 4. *et* 5. S. von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. S. 633.

§. 1316. e.

Uebersicht der legitimen Tutoren vor Justinian, besonders nach den Berichten von Gajus und Ulpian.

Wenn wir alles bisher Gesagte, was bey Gajus und Ulpian von der legitima und fiduciaria tutela vorkommt, zusammenfassen; so waren nun die eigentlichen legitimi tutores die Agnaten, die Patronen, die Söhne derselben, und der emancipirende Vater. Diese sind es, deren Tutel vor Justinian eine *legitima* genennt wurde. Die Tutel der Gentilen war schon zu Gajus Zeiten mit dem ius gentilitium verschwunden. Der Name *fiduciarius tutor* hingegen wurde demjenigen beygelegt, der dem Vater sein Hauskind, so wie demjenigen, welcher dem coemtionator die in seine manus gekommene Frauensperson abkaufte, und manumittirte, besonders dem großjährigen Sohne des emancipirenden Vaters, der nach dem Tode desselben die Tutel über das emancipirte unmündige Kind fortsetzte. So hieß endlich jeder Manumissor eines liberi hominis aus dem mancipium, also nicht minder der, welcher ein caput liberum *ex causa noxali* in mancipio hatte [52]). Die beyden ersten Arten der fiduciaria tutela verschwanden jedoch mit dem Aufhören des Verkaufs freyer Menschen [53]). Die Emancipation

52) S. Gans Scholien zum Gajus. S. 197.

53) Der wahre Verkauf der Kinder war schon zur Zeit des Paulus dem Vater nur im Falle der höchsten Noth, um der Alimenten willen, gestattet, wie aus desselben *Sentent. Recept. Lib. V. Tit.* 1. §. 1. erhellet. Man vergleiche damit *L.* 34. § 2. *D. de contr. emt. et vend. L. ult. D. Quae res pign.* u. *L.* 39. §. 3. *D. de evict.* Kr. Caracalla erklärte zwar in der *L.* 1. *C. de lib. causa* (VII. 16.) den Verkauf der Kinder für eine res illicita

geschahe zwar schon zu Gajus[54]) Zeiten gewöhnlich durch eine imaginaria venditio, und konnte daher selbst bey Söhnen an einem Tage und in einem Act vollzogen werden; es konnten aber auch bey den singulae mancipationes und manumissiones Zwischen-Zeiten Statt finden[55]). Der Vater brauchte auch den Sohn nicht immer demselben Manne zu mancipiren, die Mancipation konnte eben so gut an einen Andern geschehen, jedoch war das Erste gewöhnlicher[56]), so wie denn nicht minder die einzelnen Mancipationen der Söhne auch vor verschiedenen Zeugen geschehen konnten[57]).

Seit Anastasius war auch schon die fiduciaria tutela der Söhne des emancipirenden Vaters zur legitima geworden[58]), und nachdem Justinian die alte Emanci-

et inhonesta, und zur Zeit des K. Diocletian war die völlige Unzuläßigkeit desselben manifestissimi iuris, wie es in der *L.* 1. *C. de patribus, qui filios suos distraxerunt* (IV. 43.) heißt. Allein daß jene Ausnahme dadurch aufgehoben sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten. S. *Corn. van* Bynkershoek Opusc. de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud vet. Rom. Cap. 6. (in *Opuscul.* pag. 186.) Der Kr. Constantin der Große bestätigte sie *L.* 2. *C. eodem.* von neuen. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 135. S. 246. und Zimmern Gesch. des R. Pr. Rechts. 1. B. §. 182.

54) *Commentar. I.* §. 141.

55) Paulus *Sentent Recept. Lib. II. Tit.* 25. §. 2. Gajus *Comm. II.* § 141. *et III.* §. 6.

56) Gajus *Comm. I.* §. 132.

57) Paulus *Sent. Recept.* Lib. II. Tit. 25. §. 2.

58) *L.* 4. *C. de legit. tut. L.* 5. *C. de curat. fur.*

pation völlig aufgehoben hatte [59]), fiel der extraneus manumissor ganz weg [60]).

§. 1316. f.

II. Neueres oder Justinianeisches Recht. 1) In Ansehung der legitima impuberum tutela. 2) In Ansehung der übrigen Arten.

Nachdem schon vor Justinian 1) die *legitima impuberum tutela* einen größern Umfang dadurch erhalten hatte, daß das Recht der Erbfolge nach und nach auf einzelne Cognaten durch leges novas war übertragen, ja gegen die Regel des Rechts sogar der Mutter und Großmutter die Uebernehmung der Tutel über ihre unmündigen Kinder und Enkel war gestattet worden (§. 1315. b.), so hob endlich Justinian den Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten, so wie in Ansehung der Intestat-Erbfolge, eben so auch hinsichtlich der legitima tutela auf [61]). In dem Grade und in der Ordnung, wie jeder Verwandter ab intestato succedirt, soll er nun auch die Vormundschaft übernehmen, ohne Unterschied, er sey ein Agnat oder Cognat, wenn er nur männlichen Geschlechts, und großjährig ist. Nur ausnahmsweise soll es auch der Mutter und Großmutter erlaubt seyn, die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zu führen, wenn sie vor Gericht der zweyten Ehe, und der Wohlthat des Vellejanischen Senatus-Consultums entsagt. Hat sie dieses beobachtet, so soll sie vor allen Seitenverwandten, sie mögen Agnaten

59) *L. ult. Cod. de emancipat. lib.* (VIII. 49.) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 159. S. 411. ff. und Zimmern Gesch. 1. B. 2. Abth. §. 225.

60) S. Zimmern Gesch. §. 233. S. 876.

61) *Nov. CXVIII. Cap. 4. et 5.*

oder Cognaten seyn, zur Tutel gelassen werden, und nur die testamentarischen Tutoren sollen ihr vorgehen [62]).

2) In Ansehung der Tutel der Patronen hat Justinian nichts geändert [63]). Die Ordnung ist hier die nämliche, welche Justinian bey der patronatischen Erbfolge bestimmt hat [64]).

3) Soviel endlich die *legitima parentum tutela*, und die *fiduciaria* anlangt; so fällt nun, nachdem Justinian den Unterschied zwischen den Kindern, die sui iuris, und denen die sub potestate sind, aufgehoben, und die emancipirten Kinder in Ansehung der Intestaterbfolge den suis gleichgesetzt hat [65]), der alte Grund des Patronatrechts weg. Da also nach dem justinianeischen Recht die gesetzliche Tutel, bey den Personen freier Geburt, mit der Intestaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft ist, so fallen diese Arten der ältern gesetzlichen Tutel jetzt weg, und es bleibt bloß die gesetzliche Tutel der nächsten, als Blutsverwandten succedirenden Intestaterben, übrig [66]). Nur darin zeigt sich noch eine Spur von dem

62) S. §. 1300. S. 56. ff. wo gezeigt worden ist, in welchem Verhältniß die Mutter zu den übrigen Ascendenten steht.

63) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 14. (Vol. II. pag. 63. edit. *Koehig.*)

64) S. Unterholzner über das patronatische Erbrecht in d. Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft 5. Band S. 110 ff.

65) *Nov. CXVIII. Cap.* 1.

66) S. Donellus c. l. §. 15. pag. 64. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 195. und §. 196. a. E. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 505. Bucher Syst. der Pandect. §. 102. Not. 3. von

Gebrauche der tutela parentum, daß der emancipirende Vater die Brüder des emancipirten Kindes ausschließt, wenn gleich nach der Novelle 118 beyde ein gleiches Intestaterbrecht haben[67]). Hat jedoch der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirt, dessen Vater noch in der väterlichen Gewalt ist, so wird in Folge der *Nov. CXVIII. Cap.* 1. der Großvater nicht der gesetzliche Erbe von dem emancipirten Enkel seyn, sondern der Vater. Dieser wird daher auch, und nicht der Großvater, desselben gesetzlicher Vormund seyn, so wie auch nach dem Tode des Großvaters bleiben[68]). Nach dem neuern Rechte kann nun auch die legitima tutela nicht mehr durch eine capitis deminutio minima erlöschen[69]). Diese Grundsätze des neuern Röm. Rechts gelten auch in Deutschland[70]).

§. 1316. g.

Heutiger Begriff der gesetzlichen Tutel, und deren Grund.

Da also heutiges Tages die Tutel der Patronen, und die nach dem Beyspiel derselben eingeführten übrigen Arten der legitimen Tutel wegfallen; so wird jetzt eine gesetz-

Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 137.

67) S. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XII. S. 296. ff. von Wening-Ingenheim a. a. O. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 318.

68) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 15. (Vol. II. pag. 64. edit. *Koenig.*)

69) Donellus c. l. §. 15.

70) S. Walch Diss. de tutela extraneorum legitima. Sect. II. und Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 624. S. 145. ff.

liche Vormundschaft diejenige genennt, welche den nächsten Blutsverwandten, sofern sie zur Uebernehmung derselben fähig sind, als nächsten Intestaterben des Pupillen, nach der Ordnung der Erbfolge gebührt, so daß wenn deren mehrere von gleichem Grade vorhanden sind, die Verwaltung derselben, mit gemeinschaftlicher Uebereinkunft, und Zustimmung der competenten Obrigkeit einem, oder mehreren, soviel zur Verwaltung genügen, auf Gefahr aller, übertragen wird [71]). Sie ist also mit der Intestaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft, und gründet sich zwar auch noch jetzt auf das in dem Röm. Rechte angenommene Princip, es sey billig, daß derjenige die Tutel über den Pupillen führe, welcher das nächste Recht und Hoffnung zur künftigen Erbfolge hat [72]), zumal da man zu diesem das Vertrauen haben kann, er werde, um seines eigenen Vortheils willen, dafür sorgen, daß das Vermögen wohl verwaltet, und nicht vermindert werde [73]); sie muß aber doch von der Obrigkeit bestätiget werden [74]).

71) *Nov. CXVIII. Cap.* 1. S. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 20. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 637. Mittermaier Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 367.

72) Ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet. §. *un. J. de legit. patron. tut.*

73) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

74) Reichspolicey-Ordn. vom J. 1577. *Tit. XXXII.* §. 2. S. §. 1312. S. 307. f.

Lib. XXVI. Tit. V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui, et in quibus causis specialiter dari possunt.

§. 1317.

Wenn, und von welcher Obrigkeit werden Tutoren bestellt? Tutores dativi *ex lege Atilia* und *ex lege Julia et Titia*.

In Ermangelung eines andern Tutors bestellt die competente Obrigkeit einen Vormund. Eine solche Tutel wird *dativa* genennt, und darunter diejenige verstanden, welche entweder bey gänzlich ermangelnder, oder behinderter testamentarischer oder legitimen Tutel von einer dazu autorisirten Obrigkeit bestellt wird.

Bey den Römern war nämlich nicht jede Obrigkeit zur Bestellung der Tutoren berechtiget. Denn die tutoris datio war kein Theil der Jurisdiction noch des Imperiums, d. h. derjenigen Gewalt, welche einem jeden Magistrate von Amtswegen zustand, sondern nur gewisse Staatsbeamten waren vermöge besonderer Gesetze befugt, Tutoren zu ernennen. Daher sagt Ulpian *libro trige-*

simo octavo ad Sabinum[75]): Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Diese datio tutoris wird von Papinian[76]) unter die actus legitimos gezählt, welche keine Zeitbestimmung, noch Beyfügung einer Bedingung zuließen. Allein eine legis actio war sie nicht, wenn diese gleich mit jenen dieselbe Eigenschaft hatte[77]). Denn diese Benennung kam nur solchen Rechtsgeschäften zu, welche zwar an sich nicht streitig sind, (actus voluntariae iurisdictionis) aber doch vor einer dazu autorisirten Magistratsperson, wenn gleich nicht nothwendig pro tribunali[78]), mittelst der Formel einer cessio in iure, als Symbol der alten Feyerlichkeit im Proceß, verrichtet wurden, wie z. B. die emancipatio, adoptio, tutela cessitia, und manumissio[79]); so wie denn auch die obrigkeitliche Concurrenz selbst bey solchen Handlungen, die mit

75) *L.* 6. §. 2. *D. de tutelis.* Man sehe über diese Stelle *Jo. Ortw.* WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XI. §. 3. (*Opp. a Jungio* editor. Tom. III. pag. 124.) und *Jo.* CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta. Tit. XI. §. 14. pag. 60.

76) *L.* 77. *D. de Reg. iuris.* Man verbinde damit die *L.* .6 §. 1. *D. de tutelis.* S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 425.

77) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts. S. 217. Not. 1. der 8. Aufl.

78) *L.* 7. *D. de manumiss. vind.* (XL. 2.)

79) GAJUS *Comment. II.* §. 24. S. vorzüglich *Ever.* DUPONT Disquisitiones in Commentar. IV. Institution. Gaji. (*Lugd. Batavor.* 1822. 8.) Cap. I. §. 2. pag. 10 — 13.

dem Symbol der alten legis actiones in Streitsachen versehen waren, legis actio genennt wurde [80]), z. B. wenn gesagt wird, ein magistratus habe legis actio [81]).

Zu den Obrigkeiten, welche durch besondere Gesetze zur Bestellung der Vormünder autorisirt waren, gehörte

I. in der Stadt Rom der Praetor urbanus. Dieser hatte durch die *Lex Atilia* die Befugniß erhalten, mit Zustimmung der Mehrheit der Volkstribunen den Pupillen und Frauenspersonen Tutoren zu geben, die weder einen tutor testamentarius noch legitimus hätten. Schon vor der Lex Atilia finden sich zwar Beyspiele von obrigkeitlicher Ernennung der Vormünder für Pupillen und Frauenspersonen. Denn gewiß älter, als jener Volksschluß, ist der praetorius tutor, welcher in dem Falle, da der eigentliche Vormund mit seinem Mündel, oder mit der Frauensperson, die seine Pflegbefohlne war, in einen Proceß verwickelt wurde, weil er in eigner Sache nicht auctor werden konnte, vom Praetor urbanus gegeben wurde, von dem er auch, wie Gajus [82]) sagt, seinen Namen erhielt. Ulpian [83]) leitet seine Entstehung aus den moribus her, worauf auch wohl das Wort olim bey Gajus hindeutet.

80) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 176. S. 271. f.

81) Paulus *Sentent. Recept. Lib. II. Tit.* 25. §. 4. *L.* 4. *D. de adopt. L.* 1. *D. de offic. iurid. Alexand.*

82) *Commentar. I.* §. 184. Olim, cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat: nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: qui dicebatur *praetorius tutor*, quia a Praetore urbano dabatur.

83) *Fragm. Tit. XI.* §. 24.

Schon dieses zeugt von dem hohen Alter dieses ausserordentlichen Tutors, ja der Name selbst bietet noch einen besonders wichtigen Beweis dafür dar. Denn wozu dieser besondere Name, wenn man nicht annimmt, er sey damals der einzige Tutor gewesen, der vom Prätor ernannt worden [84])? Dieser ersten und gewiß ältesten aller ausserordentlichen Tutelen folgten aber bald mehrere andere nach, die durch, jedoch namenlose, Senatusconsulte constituirt wurden, deren es gewiß nicht bedurft hätte, wenn schon damals die Lex Atilia vorhanden gewesen wäre. Das eine Senatusconsultum erlaubte den Frauen, sich an die Stelle ihres abwesenden Vormundes einen andern Tutor zu erbitten, wodurch der erste aufhörte Vormund zu seyn [85]). Einer Freygelassenen, deren Vormund, der Patron, abwesend war, sollte dieses jedoch nur in zwey Fällen gestattet seyn, nämlich wenn sie eine Erbschaft antreten, oder eine Ehe eingehen wollte [86]). Nach einem andern Senatus-

84) S. Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 202. f. und den 28. Th. dieses Commentars §. 1298. S. 465. f.

85) Gajus *Comment. I.* §. 173. Praeterea *Senatusconsulto* mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere: quo petito prior desinit, nec interest, quam longe aberit is tutor. Ob hierdurch die vorige Tutel nur während der Abwesenheit, oder für immer aufhörte, ist zweifelhaft. Das Erste behauptet Gans in den Scholien zum Gajus. S. 205. Nach der Fassung der Worte aber scheint Gajus das Letzte zu meinen. S. von Brockdorff Institutionen Commentare des Gajus 1. B. §. 173. S. 647. und *Corn. Jac. van* Assen Adnotatio ad Institution. Gaji commentar. Lib. I. §. 173. pag. 113. sq.

86) Gajus *c. l.* §. 174 *et* 176. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 22. S. *van* Assen Adnotat. ad Gajum §. 176.

Consultum sollte zur Constituirung einer dos ein Tutor ernannt werden, wenn der legitime Tutor wahnsinnig oder stumm war [87]). Nur die Tutel des Patrons und seines Sohnes sollte dadurch nicht aufgehoben werden [88]). Endlich ward auch noch durch ein Senatusconsultum festgesetzt, daß wenn der ordentliche Vormund des Pupillen als verdächtig von der Tutel entfernt worden, oder sich rechtmäßig entschuldiget hätte, an dessen Stelle ein anderer Tutor gegeben werden sollte, wodurch der vorige Tutor die Vormundschaft verlor [89]).

Allein alle diese Beyspiele ausserordentlicher Tutoren beweisen doch nur, daß den Pupillen und Frauenspersonen, die in Ermangelung eines testamentarius oder legitimus tutor sich selbst überlassen waren, blos für einzelne Rechtsgeschäfte ein Tutor gegeben werden mußte, um solche durch seine Auctorität vollgültig zu machen. Eine solche ausserordentliche Tutel hörte denn auf, sobald das Geschäft beendiget war. Allein eine beständige von der Obrigkeit angeordnete Tutel über alle Angelegenheiten des Mündels fand vor der Lex Atilia noch nicht Statt [90]). Vermöge dieses Volksschlusses sollten nun also den Frauen und Pupillen, und zwar in der Hauptstadt vom Praetor urba-

87) Gajus *Comm. I.* §. 180. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 21.

88) Gajus *I.* §. 181.

89) Gajus *I.* §. 182. Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam. Den Ausdruck *amittit tutelam* braucht Gajus, wenn der Tutor an dem Verlust der Tutel selbst schuld ist. Ausserdem sagt er *tutor esse desinit.* §. 173. 186. 187. S. *van* Assen Adnotat. ad §. 182. pag. 115.

90) S. Ganz Scholien S. 201. f.

nus mit Zuziehung der Volkstribunen, jedoch so, daß die Majorität entscheiden soll, Tutoren für alle ihre Angelegenheiten gegeben werden, nicht nur in dem Falle, wenn überhaupt kein Vormund da ist, sondern auch wenn eine Bedingung, oder ein sonstiges Hinderniß den ordentlichen Vormund einzutreten, oder die Tutel fortzusetzen abhält, und wo also vorher ein ausserordentlicher Tutor vom Praetor urbanus gegeben wurde [91]). Ein solcher obrigkeitlich bestellter Vormund wird von dieser Lex *Atilianus tutor* genennt [92]). Gajus gedenkt dieser Lex erst, nachdem er zuvor von jenen ausserordentlichen Tutelen gehandelt hatte. Er sagt nämlich [93]):

Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex *lege Atilia* a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui *Atilianus* tutor vocatur, in provinciis vero a Praesidibus provinciarum ex *lege Julia* et *Titia* [94]).

91) S. *van* Assen Adnotat. ad Instit. Gaji commentar. ad §. 185. pag. 116.

92) S. den Titel der Institutionen I. 20. *de Atiliano tutore.* und *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela. *Halae* 1715.

93) *Commentar. I.* §. 185. 186. *et* 187. Diese Stellen sind zur Geschichte dieser Rechtslehre in die Institutionen Lib. I. Tit. 20. Pr. et §. 1. et 2. aufgenommen worden. Man sehe auch Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 18. und Theophilus Paraphr. graec. Instit. ad tit. de Atilian. tut.

94) Es scheint, man habe durch dieses Gesetz den Mißbräuchen vorbeugen wollen, welche besonders die Mächtigeren mit dem ius gentilitium trieben, um unter diesem Vorwande die Vormundschaften reicher Pupillen aus Gewinnsucht an sich zu bringen. S. *van Assen* Adnot. ad Gaium Lib. I. §. 185. pag. 116. sqq.

Et ideo, si cui testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus sit, quamdiu conditio aut dies pendet, tutor dari potest: item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est: qui desinit tutor esse, posteaquam quis ex testamento tutor esse coeperit [95]).

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur, qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam iure postliminii.

Zeit und Urheber der Lex Atilia sind ungewiß. Nur soviel wissen wir, daß dieser Volksschluß schon vor Entdeckung der Geheimnisse der Bachanalien durch die Freygelassene Fecenia Hispala im Jahre Roms 566, wovon uns Livius [96]) eine ausführliche Geschichte erzählt, vorhanden gewesen sey. Diese Freygelassene war es, welche von dem Umgange ihres Geliebten bezaubert, sich nach ihres Patrons Tode, weil sie nun in Niemands Gewalt mehr stand, von den Tribunen und dem Prätor einen Tutor erbat; und nun ein Testament machte, worin sie ihren Aebutius zu ihrem alleinigen Erben einsetzte. Es ward ihr aber auf den Antrag des Consuls Quintus Marcius durch einen Senatsschluß zur Belohnung für die Entdeckung jener geheimen Unzuchtsweihe, unter andern Vorrechten, das Privilegium ertheilt, sich selbst ihren Tutor zu wählen, nicht anders, als habe ihr dieses Recht

95) *L.*10. *L.*11. *D. de testam. tut.*

96) Livius *Lib. XXXIX. cap.* 9.

der Mann im Testamente gegeben [97]. Der römische Freystaat kennt nun zwar mehrere Tribunen, welche den Namen *Atilius* führten. Im Jahre 309 war *Atilius Longinus* Volkstribun; im J. 343. *Lucius Atilius*, welche beyde Heineccius [98]) nennt. Er bemerkt jedoch mit Recht, daß keiner von beyden Urheber unserer Lex seyn könne, weil es zu ihrer Zeit noch keinen Praetor urbanus gab. Die meisten [99]) halten daher den *L. Atilius Regulus* für den Urheber, welcher im Jahre 443 Volkstribun war [100]). Nur Joh. Gottl. Seger [1]) meint, das Gesetz könne so alt nicht seyn, cum successiones praetoriae illi videantur occasionem dedisse. Er nennt

97) Livius *Lib. XXXIX. cap.* 19. a. E. S. *Ph. Ed.* Huschke de privilegiis Feceniae Hispalae SCto concessis. *Goettingae* 1822. 8. pag. 52. sqq. Zwar hat Gans in den Scholien zum Gajus S. 216. dem auch Freyh. von Brockdorff gefolgt ist, manche nicht unerhebliche Zweifel dagegen vorgebracht. Man sehe des letztern Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 184. Not. 6. S. 670. ff. Allein man hat sie zu beseitigen gesucht. S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. 2. Abth. §. 234. S. 880. Not. 20. und 22.

98) Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. XX. §. 9. pag. 169. edit. *Haubold.*

99) S. Balduinus, Broeus, Muretus in Commentar. ad Institut. h. t. Heineccius c. l. *Jo. Aug.* Bach Histor. iurispr. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 20. pag. 144. edit. *Stockman.* Walch ad *Hoppii* Comment. ad Inst. Tit. de Atil. tut. not. b. p. 171. Zimmern S. 880. u. a.

100) Livius *Lib. IX. cap.* 30.

1) Historia iuris Rom. lib. reipubl. de tutelis et curat. §. 7. (in *Opusc.* a Klübero edit. Vol. I. pag. 99)

daher den *A. Atilius Bulbus*, der im J. der Stadt R. 523 Volkstribun gewesen seyn soll. Allein einen Beweis dafür hat er nicht beygebracht, und Jac. Perizonius [2]), der das ganze Geschlechtsregister der Atilier, sowohl der Reguler als der Serraner, aus den Nachrichten der römischen Classiker auf das genaueste dargestellt hat, kennt diesen Tribun nicht. Eben so wenig hat die Muthmaßung Hotomann's [3]) für sich, daß das Gesetz den *C. Atilius Calatinus*, oder den *C. Atilius Regulus*, welche in dem ersten Punischen Kriege das Consulat führten, zum Urheber habe, denn daß diese auch Volkstribunen gewesen, ist aus dem Register des Perizonius nicht zu ersehen. Kurz es läßt sich darüber nichts mit Gewißheit bestimmen, und es kann daher auch nur als Muthmaßung gelten, wenn Gans [4]) die Lex Atilia in die letzte Zeit des Cicero setzt. Uebrigens sollte wohl durch die Concurrenz der Volkstribunen bey der Bestellung der Tutoren, wie Bröus [5]) meint, Mißbrauch der Gewalt des Prätors verhütet werden. Von den zehen Tribunen aber, welche

2) Animadversion. historic. Cap. I. pag. 27. sqq. (edit. *Harles. Altenburg* 1771. 8.)

3) Commentar. ad Instit. Pr. Tit. de Atilian. tut. p. 79.

4) Scholien zum Gajus. S. 208. Er meint, auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle bey Cicero *Topicor.* Cap. 4. erklären, wenn man annimmt, daß die Tutel aus der Lex Atilia zur Zeit, als Cicero die obige Stelle der Topik niederschrieb, noch gar nicht existirt habe. Man sehe aber dagegen die Heidelberger Jahrbücher vom Jahre 1821. S. 477. ff.

5) Exposition. in Justiniani Institut. ad Tit. de Atilian. tut. nr. 1. pag. 141.

es damals gab [6]), machten, wie auch Theophilus [7]) bemerkt, schon sechs die Mehrheit aus. Daß der Prätor etwa nur höchstens soviel habe bey der Ernennung eines Tutors zuziehen dürfen, scheint wohl nicht die Meinung der Lex Atilia gewesen zu seyn. Nein, alle zehen Tribunen mußten vom Prätor zugezogen werden, wie auch Vinnius [8]) ganz richtig bemerkt hat. Wen nun die Mehrheit der Volkstribunen nach angestellter Untersuchung zum Tutor gewählt hatte, wurde vom Prätor gegeben [9]), ohne daß von Seiten der übrigen Tribunen ein Intercessionsrecht Statt fand [10]), nicht als ob das Intercessionsrecht durch dieses Gesetz zu Gunsten der Pupillen wäre aufgehoben worden, wie viele [11]) behaupten, sondern weil

6) Livius *Lib. III. cap.* 30. Pomponius *L.* 2. §. 34. *D. de Orig. iuris.*

7) Paraphr. gr. ad pr. Tit. J. de Atilian. tut.

8) Commentar. ad pr. Inst. h. t.

9) So ist auch Theophilus in Paraphr. gr. ad pr. J. h. t. zu verstehen, wenn er sagt: *καὶ λέγομεν, ὅτι ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ Πραίτωρ ὁ οὐρβανὸς, μετὰ τοῦ μείξονος μέρους τῶν δημάρχων (ι' δὲ ἦσαν οἱ πάντες) τουτέστι, μετὰ τῶν ς' ἢ ζ', ἐπιζητήσας, τὸν ἐπιτήδειον δίδωσιν, Ατιλίου νόμου τοῦτο νομοθετήσαντος;* i. e. *Et dicimus, in urbe Roma Praetorem urbanum cum maiori parte Tribunorum plebis (omnes autem* DECEM *erant) id est cum* SEX *aut* SEPTEM, *inquisitione habita, idoneum dare, lege* ATILIA *hoc sanciente.*

10) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 419. S. 606. der 2. Ausg.

11) *Franc.* Hotomanus Commentar. ad Instit. pr. Tit. de Atil. tut. pag. 79. *Jul.* Pacius Analys. Institut. tit. eod. pr. pag. 108. *Arn.* Vinnius Commentar ad pr. J. h. t.

die Tribunen des Volks gleich von ihrer ersten Entstehung an unter sich festgesetzt hatten, daß gegen das, was von der Majorität beschlossen worden, keine Intercession der Einzelnen gelten sollte [12]. Dieses Gesetz war ihnen zur Behauptung ihres Ansehens so heilig, daß sie sogar, wie uns Dionys von Halicarnaß [13]) erzählt, sich beym Antritt ihres Amts zu dessen Beobachtung eidlich verpflichteten. Da sich die Lex Atilia nur auf das Gebiet der Stadt Rom beschränkte; so ward

12) S. *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. libr. (*Traj. ad Rhen.* 1774. 8.) Cap. XII. pag. 129 — 134.

13) Ῥωμαϊκ. Ἀρχαιολογ. Lib. X. pag. 658. edit. *Frid.* Sylburg (Lipsiae 1691. f.) Τοῖς δὲ ἄρα πᾶσιν ἦν ταῦτα κατ' ἀρχὰς δεδογμένα, μήτε εἰσηγήσασθαί τινα καινὸν πολίτευμα, μηθὲν ἐφ' ἑαυτῷ βαλλόμενον, ἐὰν μὴ πᾶσι τὸ αὐτὸ δοκῇ, μήτε ἐναντιωθῆναί τινα τοῖς πραττομένοις, ἀλλ' ὃ ἂν αἱ πλείους γνῶμαι δοκιμάσωσι, τοῦτο εἶναι κύριον. καὶ περὶ τούτων εὐθὺς ἅμα τῷ παραλαβεῖν την ἀρχὴν ἱερὰ θύσαντες, ὅρκους ἔδοσαν ἀλλήλοις· οὕτως οἰόμενοι μάλιστα τὸ τῆς δημαρχίας ἀκατάλυτον ἔσεσθαι κράτος, ἐὰν τὸ στασιαζον ἐξ αὐτῆς ἀναιρεθῇ. i. e. *Sed iam a principio inter eos convenerat*, *ne quis privato consilio novum aliquod institutum inveheret*, *nisi idem toti collegio probaretur; nec ullus ullius actioni intercederet*; *sed quod plurium sententiis probaretur*, *id ratum esset: et in haec mox ab inito magistratu inter sacra coniuraverant*, *sic maxime rati fore inviolabilem suam auctoritatem*, *si dissidium e collegio tolleretur.* Der Ausdruck κατ' ἀρχὰς, den Sylburg blos durch ante übersetzt hat, soll vielmehr heißen: *a principio* sc. *illius temporis*, *quo Tribuni coeperunt creari;* so wie er auch von Dionysius Lib. XI. pag. 700. und Poliaenus *Strateg. II.* 2. 3. gebraucht worden.

II. in den Provinzen nach der Analogie derselben durch die *Lex Julia et Titia* den Praesides provinciarum ein gleiches Recht in Ansehung der Tutelen ertheilt. Ulpian [14]) sagt:

Sed quia *Lex Atilia* Romae tantum locum habet, *lege Julia et Titia* prospectum est, ut *in provincia quoque* [15]) similiter a *Praesidibus* earum dentur tutores.

Noch ausführlicher ist der Bericht des Theophilus [16]).

Στενοτάτη δὲ ἡ τούτου νομοθεσία· μέχρι γὰρ τῆς Ῥώμης, καὶ οὐ περαιτέρω προβαίνει· ἐν δὲ ταῖς

14) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 18.

15) *Paraphr. gr. ad pr. h. t.* (Tom. I. pag 164. sq. edit. *Reitz.*)

16) *Ant.* Schulting in Jurispr. vet. Antejust. ad h. loc. Ulpiani. Not. 52. pag. 601. bemerkt hier, daß der Singularis statt des Pluralis stehe, sey bey Ulpian nicht ungewöhnlich; wie z. B. gleich nachher §. 20. Eben so *Tit. I.* §. 13. und *Tit. VIII.* §. 4. Die beyden letzten Stellen möchten nun auch wohl beweisen, daß zuweilen *in provincia* statt in provinciis gesetzt sey. Allein in unserer Stelle, so wie in dem folgenden §. 20. konnte wohl nicht der Pluralis stehen. Es fällt in die Augen, daß in beyden Stellen statt in provincia *quoque* vielmehr quaque, das heißt, unaquaque gelesen werden müsse. In unserer Stelle beweisen es die folgenden Worte: *a Praesidibus* earum, welche man, jedoch ohne Noth, per Syllepsin numeri zu erklären pflegt. Noch deutlicher aber ist dieses aus dem folgenden §. 20. zu ersehen, wo es heißt: Sed postea Senatus censuit, *ut* etiam *in provincia* quoque *similiter a Praesidibus* earum *ex eodem causa tutores dentur.* Das *etiam* und *quoque* kann doch nicht Ulpian zugleich gebraucht haben. Auch

ἐπαρχίαις κατὰ μίμησιν τούτου γεγόνασι β' νόμοι, Ιούλιος καὶ Τιτιανὸς, οἱ ἐκέλευσαν ἐν ἀπορίᾳ ἐπιτρόπου, κρίσει τοῦ ἄρχοντος τῆς ἐπαρχίας δίδοσθαι ἐπίτροπον, ὅς ἐξ αὐτῶν ὠνόμασται Ιουλιος Τιτιανός. i. e. *Angustissima autem huius* (sc. Atiliae legis) *est sanctio: nam intra Romam, nec ulterius procedit. Sed in provinciis ad eius exemplum, duae factae sunt leges*, Julia *et* Titiana, *quae iubebant deficiente tutore, Praesidis provinciae iudicio, tutorem dari, qui ex illis dictus est* Julius Titianus.

Ob die Lex *Julia* et *Titia* nur ein Gesetz gewesen, oder wenigstens ursprünglich zwey, ist streitig. Nach der Paraphrase des Theophilus waren es zwey Gesetze. Allein viele [17]) halten dieses für einen Irrthum, und er-

Jo. Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta h. t. §. 20. pag. 61. hat diesen widrigen Pleonasmus nicht unbemerkt gelassen. Um ihn zu beseitigen, will er für etiam lieber *eiusmodi* substituiren, und bezieht dieß auf die Personen, von denen in den vorhergehenden Worten die Rede war. Allein was hat *eiusmodi* mit *etiam* für Aehnlichkeit? Hingegen quoque fur *quaque* zu schreiben ist eher verzeihlich. Wenn also Hugo in dem Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts S. 545. Z. 29. sagt: Die Lex *Julia* et *Titia* gab den Statthaltern, Praesides, jedem in seiner Provinz, eben die Rechte in Ansehung der Tutel, die der Prätor in Rom durch die Lex Atilia hatte, so ist dieses der verbesserten Lesart vollkommen gemäß.

17) S. *Car. Ann.* Fabrotus ad Theophili Paraphras. (Tom. I. pag. 164. edit. *Reitz.*) Ev. Otto Commentar. ad Instit. Tit. de Atil. tut. nr. 4. pag. 121. (edit. *Traject. ad Rhen.* 1729. 4.) *Franc.* Broeus Exposition.

klären die Namen von den beyden Consuln, auf deren Antrag das Gesetz gegeben seyn soll, nämlich dem Octavianus Augustus in seinem dritten Consulate, und dem Marcus Titius Rufinus. Die Lex Caecilia et Didia, Licinia et Mucia, Licinia et Junia hätten alle von ihren Urhebern zwey Namen, und jede derselben wäre doch nur Ein Gesetz. Nach der Zeit des Consulats jener angegebenen Urheber wird also die Lex Julia et Titia in das Jahr der Stadt Rom 722 gesetzt[18]. Die gegen den Theophilus vorgebrachten Gründe sind jedoch viel zu schwach, um mit den Gegnern desselben die Ueberzeugung zu theilen, daß Theophilus, der zur Zeit der Justinianeischen Gesetzgebung lebte, und dessen Paraphrase man es recht deutlich ansieht, daß er die echten Werke der Alten gekannt und gelesen hatte[19], hierin geirrt habe. Achtungswürdiger spricht der große Cujaz[20]) von unserm

in Justin. Instit. eod. tit. nr. 3. pag. 142. *Jo. Gottl.* Heineccius Histor. iuris civ. Lib. I. Cap. IV. §. 164. Not. * (pag. 248. edit. *Ritter.* Argentor. 1765.) und *Jo. Aug.* Bach Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 94.

18) So nach der Angabe des *Guid.* Pancirolus Thes. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. II. Cap. 277. p. 443. (*Lugduni* 1617. 4.) dem auch *Ant.* Matthaei Commentar. ad Institut. ad pr. Tit. de Atil. tut. nr. 9. p 443. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad *Ulpian.* Tit. XI. § 18. Not. 51. p. 601. und alle in der Note 17. angeführten gefolgt sind.

19) S. Hugo Lehrb. d. Gesch. des Röm. Rechts. Einleit. S. 17. und Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über die Institutionen Paraphrase des Theophilus (Lüneburg 1809.) 5. Abschn.

20) Commentar. in Lib. X. Dig. Salvii Juliani ad L. 19.

Theophilus, wenn er sagt: *Fuit hic auctor ut et vetustissimus, ita et iuris peritissimus, ita ut ab iis, quae scribit, non sit temere recedendum.* Ihm sind daher fast durchgehends die neuern Rechtsgelehrten [21]) gefolgt. Wir können aber auch dem Zeugniß des Theophilus um so gewisser trauen, da die bey Anführung dieser Gesetzes-Ausdehnung durchgängig, und auch wieder bey Gajus [22]) gebrauchte Copula *et*, wodurch die Lex Julia und Titia mit einander verbunden werden, hinlänglich beweist, daß von zwey Gesetzen die Rede sey [23]). Es ist über-

§. 1. D. de reb. credit. (*Opp. postumor. a* FABROTO *editor.* Tom. III. pag. 55.)

21) Man vergleiche vorzüglich *Aug. Christ.* MARCHE Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia. *Lipsiae* 1736. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* Tom. II. Nr. XIX. pag. 543 — 589.) *Guil. Ott.* REITZ Excurs. ad pr. tit. de Atiliano tut. adj. THEOPHILI *Paraphr.* gr. Instit. Tom. II. pag. 1197 — 1199. *Jo. Theoph.* SEGER Historia iuris Rom. de tutelis et curationib. §. VIII. (in *Opusc.* pag. 100. sq.) *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppii* Comment. in Instit. ad pr. Tit. de Atil. tut. not. c. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 234. S. 880.

22) *Commentar. I.* §. 187.

23) So z. B. sind die Lex *Aelia* et *Fusia*, Lex *Licinia* et *Aebutia*, Lex *Julia* et *Plautia*, Lex *Sempronia* et *Julia*, Lex *Julia* et *Papia Poppaea*, lauter verschiedene Gesetze. S. MARCHE cit. Diss. §. IV. (bey FELLENBERG Tom. II. pag. 549.) Nie wird man hingegen irgendwo finden, Lex *Fusia* ET *Caninia*, Lex *Aelia* ET *Sentia*, Lex *Junia* ET *Norbana*, Lex *Junia* ET *Velleja*, Lex *Junia* ET *Petronia*, weil jedes dieser Gesetze, wenn es gleich zwey Namen hat, doch nur Ein Gesetz ist. Die als Gegenbeweis angeführten Lex *Caecilia* et *Didia*, Lex *Licinia* et *Mucia*, und Lex

dem mit nichts bewiesen, daß August in seinem dritten Consulate den Marcus Titius zum Collegen gehabt habe. Die fasti consulares [24]) lehren vielmehr, daß M. Valerius Messala Corvinus mit August im Jahr 723 der Stadt Rom Consul gewesen, und Marcus Titius in die Stelle des Augustus, der nicht das ganze Jahr hindurch sein drittes Consulat geführt hat, surrogirt worden sey [25]). Es kommt also nur noch darauf an, Wer von jedem dieser Gesetze der Urheber sey, und

Licinia et *Junia* schwächen das Zeugniß des Theophilus noch nicht. Zwar behauptet Manutius libr. de Legibus pag. XXXIX. (*Venetiis* 1557. *f.*) die Lex *Caecilia* et *Didia* sey nicht Ein Gesetz, sondern habe aus zwey verschiedenen Gesetzen bestanden. Allein wie unsicher die von ihm aus Cicero *Orat. pro Domo* cap. 20. und *Philipp. V.* cap. 3. entlehnten Beweise sind, hat *Christ. Gottl.* Einert Diss. de Lege Caecilia et Didia. *Lipsiae* 1769. §. 5. gezeigt. Verschiedene Kapitel sind ja noch keine verschiedenen Gesetze. Auch die Lex *Licinia* et *Mucia* war gewiß nur Ein Gesetz, wie aus Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 11. erhellet. Eben so die *Lex Licinia et Junia*, welche von Cicero *Philipp. V. cap.* 3. selbst *recens lex* genennet wird. S. Einert Diss. cit. §. 9. Allein ob es mit der Copula *et* hier überall seine Richtigkeit habe, bleibt noch immer zu fragen übrig; wenigstens nennt Cicero *in Orat. pro P. Sextio.* Cap. 64. die Lex *Caecilia* (nicht *Acilia* S. Einert Diss. cit. §. 2.) *Didia*, und die Lex *Licinia Junia* ohne die Copula *et*.

24) S. *Theod. Janson. ab* Almeloveen Fastor. Romanor. Consular. Lib. I. pag. 104.

25) Dio Cassius *Histor. Rom.* Lib. XLIX. et L. und Suetonius *in vita Augusti.* Cap. 26. S. Marche Diss. cit. §. IV. Not. 11. (bey Fellenberg pag. 552. sq.)

Wenn jedes derselben gegeben worden? Soviel die Lex *Julia* anbetrifft; so ist sie wohl ohne Zweifel dem K. August zuzueignen, der sie in der Eigenschaft als Consul in Vorschlag brachte. Denn die Comitialgesetze, welche auf den Vorschlag des Julius Cäsars, und des Kaisers Augustus, als Consul, in Vorschlag gebracht worden sind, haben das Eigene, daß sie den Namen der Leges *Juliae* führen, und zwar nur von diesen allein den Namen haben, ohne Beyfügung des Namens von dem andern Consul. Haben also diese Leges *Juliae* dennoch einen zweyten Namen, so daß die beyden Namen durch die Copula *et* mit einander verbunden werden, so ist dieses ein sicherer Beweis, daß es zwey verschiedene Gesetze sind, wie z. B. die Lex *Julia* et *Plautia*, die Lex *Julia* et *Papia Poppaea* [26]. Daß aber nicht Julius Cäsar, sondern K. Augustus für den Urheber unserer Lex *Julia* zu halten sey, ist daraus abzunehmen, weil Er es war, der seine Hauptsorgfalt auf die Provinzen richtete [27], und dieselben, da sie vorher entweder proconsulares, oder praetoriae, oder quaestoriae waren, aufs neue dergestalt eintheilte, ut aliae *propriae Populi Romani*, aliae *propriae Caesaris* esse intelligerentur, wie Gajus [28] sagt. Die letzten waren die wichtigeren, welche der Kaiser, als allgemeiner Statthalter derselben, durch eigene Obrigkeiten (legati Augusti) regieren ließ, während jene, freylich die weniger

26) S. Marche cit. Diss. §. IV. Not. k. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 552.)

27) Dio Cassius *Histor. Rom.* Lib. LIII. pag. 506. et Lib. LIV. p. 524. Suetonius *in vita Augusti.* Cap. 47.

28) *Commentar. II.* §. 21.

bedeutenden, nach der ältern Verfassung von den abgegangenen Consuln und Prätoren (Proconsules, Propraetores) regiert wurden [29]. Für beyde Arten galt jedoch der allgemeine Name *Praesides provinciarum* [30]. Seinen Provinzen gab auch August neue Gesetze, und sehr wahrscheinlich bezog sich die Lex *Julia* de tutoribus a Praesidibus provinciarum dandis auf die kaiserlichen Statthalter [31]. Erwägt man nun noch, mit welcher Sorgfalt sich August der Pupillen und Blödsinnigen, nach Suetons [32]) Erzählung, angenommen habe, denen er Vormünder geben ließ, donec adolescerent aut resipiscerent; so findet fast kein Zweifel mehr Statt, daß Kr. August für den Urheber der Lex *Julia* zu halten, und dieses Gesetz wahrscheinlich im Jahr 726. der Stadt Rom gegeben sey [33]. Weniger Gewißheit haben wir über die Zeit und den Urheber des andern Gesetzes, der Lex *Titia*. Aelter als die Lex *Julia* war sie gewiß. Denn wer sollte glauben, daß man seit der Lex *Atilia* nicht auch daran gedacht haben sollte, den Pupillen in

29) Dio Cassius Lib. LIII. pag. 503. sq. et Lib. LIV. pag. 523. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 519. (der 8. Ausg.) auch *Jac.* Gutherius de Officiis domus August. Lib. I. cap. 5. und *M. August.* Campiani de officio et potest. Magistratuum Romanor. pag. 342. sqq.

30) *L. 1. D. de officio Praesidis.*

31) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 545. Z. 26. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. §. 234. S. 880.

32) *Vita Augusti. Cap.* 48.

33) S. Marche Diss. cit. §. VII. et VIII. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 560—564.)

den Provinzen Tutoren zu geben, da sich jener Volksschluß ausdrücklich nur auf die Stadt Rom beschränkte? Wir haben ja auch das Beyspiel von Sicilien, der ersten Provinz ausserhalb Italien, wo nach den Berichten des Cicero[34]) und Diodorus Siculus[35]) schon lange

34) *In Verrem.* Lib. I. Cap. 56. Quibus de bonis? pupilli, cuius aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, defendere Praetor debuit.

35) *Excerpt. Peirescian.* ab *Henr.* VALESIO edit. pag. 397. (edit. *Wesseling* Vol. II. pag. 611.) Hier wird von einem gewissen LUCIUS ASELLIUS, der als Statthalter nach Sicilien war geschickt worden, gerühmt: *Τῶν γὰρ ἄλλων στρατηγῶν εἰωθότων διδόναι προστάτας τοῖς ὀρφανοῖς καὶ γυναιξὶν ἐρήμοις συγγενῶν, οὗτος ἑαυτὸν τούτων ἀνέδειξε φροντιστήν.* i. e. *Nam cum reliqui Praetores pupillis ac viduis, agnatorum cura destitutis, tutores dare soliti essent, hic eiusmodi personarum ipse tutelam suscepit.* Diese Stelle ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob Asellius selbst die Vormundschaft über Wittwen und Waisen übernommen habe, wie sie HEINECCIUS in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in Addend. ad p. 338. versteht, sondern der Sinn derselben ist. Wenn des Asellius Amtsvorfahren ihrem Amte durch Bestellung der Vormünder ein Genüge gethan zu haben glaubten, unbekümmert, ob sie die Tutel gut oder schlecht verwalteten; so habe Asellius es dabey nicht bewenden lassen, sondern sich auch um die Verwaltung der Vormünder selbst bekümmert, wie aus den folgenden Worten erhellet. Man sehe MARCHE cit. Diss. §. IX. Not. h. (bey FELLENBERG T. II. pag. 567. sq.) MARCHE cit. Diss. §. I. (bey FELLENBERG Tom. II. pag. 544.) führt auch noch eine Stelle aus APULEJUS *Metamorph. Lib. I.* pag. 5. edit. Pric. (p. 6. edit. *Alteburg.* 1778. 8.) wo Aristomenes zum Socrates sagt: Hem mi Socrates, quid istud? quae

vor August die Obrigkeiten dafür sorgten, daß den Pupillen und Weibern, die nicht unter der Vormundschaft der Agnaten standen, Tutoren gegeben wurden. Daß dieses in Folge der Lex *Titia* geschehen sey, ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln [36]. Denn es läßt sich eben so wenig beweisen, daß dieses ein eigenes Recht für die Provinz Sicilien gewesen, wie einige [37]) behaupten wollen, als sich mit andern [38]) die Nothwendigkeit einer solchen Bevormundung aus einer lex *Hieronica* oder *Rupilia* herleiten läßt, weil jene eine lex agraria et frumentaria [39]), diese aber eine lex iudicia-

facies? quod flagitium? At vero domi tuae iam defletus et conclamatus es, *liberis tuis tutores iuridici provincialis decreto dati.* Denn unter dem *iuridicus provincialis* sey hier nicht gerade der *Juridicus Alexandriae* zu verstehen, dessen §. 5. *J. de Atilian. tut.* gedacht wird, sondern jeder iudex werde bey den lateinischen Classikern *iuridicus* genennt, wie z. B. bey Seneca *Hercul. fur. Act. II. v.* 581. Man vergleiche auch *L.* 41. §. 5. *D. de fideic. libertat.* Nach der Bemerkung des Pricaeus steht auch statt *iuridici provincialis* in mehreren Ausgaben *iudicis provincialis.*

36) S. Marche Diss. cit. §. I. Not. I. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 545.) und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 234. Not. 29. S. 881.

37) *Ant.* Schulting ad *Ulp.* Tit. XI. §. 18. Not. 51. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 601.) Heineccius Antiquitat. Romanar. Lib. I. Tit. 20. §. XI. pag. 170. u. a.

38) Hotoman Commentar. ad Institut. Tit. de Atilian. tut. pr.

39) Cicero *in Verrem. Lib. II. cap.* 13. et *cap.* 60. *Lib. III. cap.* 6. von dem König Hiero von Sicilien. S. Diodorus Siculus *Excerpt. Peiresc.* edit. *Vales*

ria [40]) war. Da es jedoch zur Zeit des Röm. Freystaats mehrere Tribunen gab, die den Namen *Titius* führten [41]), und nach denen, als Urhebern, Volksschlüsse benennt worden sind [42]), so ist noch die Frage übrig, Wem unsere Lex Titia zuzueignen sey? Die größte Wahrscheinlichkeit hat wohl die Meinung des Pighius [43]) für sich, daß der Tribun Quintus Titius der Urheber dieses Volksschlusses sey,

pag. 281. Polybius *Lib. I. Cap.* 16. und Justinus *Lib. XXIII. cap.* 4.

40) Cicero *in Verrem. Lib. II. cap.* 13. *et* 15. *Lib. III. cap.* 18. *et* 40. von dem Consul *P.* Rutilius Rufus im J. 622. Cicero *in Verr. II.* 15. Valerius Maximus *Lib. VI. cap.* 9. Pighius Annal. P. Rom. Tom. III. pag. 17.

41) Z. B. M. Titius Rufus, Sextus Titius, C. Titius, Q. Titius. S. Marche Diss. cit. §. V. Not. c.

42) Man denke an die Lex *Titia* de provinciis, L. *Titia* de lusu. L. *Titia* agraria, L. *Titia* de muneribus. S. Marche §. V. not. d.

43) *Annal.* Tom. III. pag. 114. Nur darin irrt wohl ohne Zweifel Pighius, daß er glaubt, Q. Titius habe mit seinem Collegen, dem Tribun L. Villius, das Gesetz in Vorschlag gebracht. Er vertauscht daher den Namen Lex *Julia* et *Titia* mit Lex *Villia* et *Titia*, und eignet die gewöhnliche Benennung einem Fehler der Abschreiber zu, wie er *Annal. II.* pag. 115. zu beweisen gesucht hat. Allein mit Recht wird jetzt diese Meinung allgemein verworfen, wenn gleich Vaillant in Nummis antiqu. Familiar. Roman. Tom. II. pag. 354. und *Ge.* Schubart de Fatis Jurispr. Rom. Ex. II. §. 73. p. 354. durch die sehr scheinbaren Gründe des Pighius verführt wurden. Man sehe Marche Diss. cit. §. II. Not. c. (bey Fellenberg pag. 546.)

nicht, wie Zasius[44]) glaubt, Cajus Titius der Vater, welcher im J. Roms 488. Tribun war. Denn die von diesem benannte Lex *Titia* gieng nur die provinciae quaestoriae an, und handelte von der Verdoppelung der Zahl der Quästoren[45]). Ueberdem hatten damals die Römer noch keine Provinzen ausserhalb Italien erobert. Denn Sicilien, unter allen die erste, kam erst unter den Consuln Manlius und Luctatius im Jahre 513 in die Gewalt derselben[46]). Es war aber gerade das Jahr 526, in welchem Quintus Titius Volkstribun war, wo zuerst Prätoren cum imperio in die Provinzen geschickt wurden[47]). Es war also ein neues Gesetz nöthig, wenn auch diese Prätoren zur Bestellung der Tutoren berechtiget seyn sollten[48]). Die Lex *Titia* ist demnach älter, als die Lex *Julia*. Daß aber dennoch der Name *Julia* dem Namen *Titia* ist vorgesetzt worden, ist wohl reverentiae causa geschehen[49]), wie bey der Lex *Julia* et *Plautia*[50]), von denen auch die Lex *Plautia* älter, als die Lex *Julia* ist[51]). Obwohl

44) Catalog. Legg. antiquar. h. L. pag. 113

45) Tacitus *Annal. Lib. XI. cap.* 22. Cicero *pro Murena. Cap.* 8. Pighius Annal. Rom. Tom. I. pag. 463.

46) Pighius Annal. Tom. II. pag. 68.

47) Pighius Tom. II. pag. 113.

48) S. vorzüglich Marche cit. Diss. §. VI. Not. e. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 559. sq.)

49) S. Marche cit. Diss. §. IV. Not. g. et §. V. Not. b. und Zimmern §. 234. Not. 25. S. 880.

50) §. 2. *I. de Usucap.*

51) S. *Jos. Fernand. de* Retes ad Leg. Atiniam, Juliam et Plautiam. P. II. §. 26 et 27. (in *Thes. Meerm.* T. VI. pag. 483.)

Julian[52]) beyde Gesetze in chronologischer Ordnung genannt hat. Zwar hat gerade wegen dieser umgekehrten Ordnung, bey der Benennung der Lex *Plautia* et *Julia*, Reitz[53]) sich veranlaßt gefunden, die Meinung des Marche, daß die Lex Titia ein Plebiscitum, und älter, als die Lex Julia, sey, zu bezweifeln, und ist auf die Muthmaßung gefallen, der Consul *M. Titius*, der im J. der St. Rom 723. in die Stelle des Ks. August, als Consul suffectus, eingetreten, habe vielleicht auf dessen Rath die Lex Julia dem Volke nochmals empfohlen, und durch seinen Vorschlag die Ausdehnung dessen auf alle Provinzen des Röm. Reichs bewirkt, was das Julische Gesetz nur für die Provinz Sicilien sanctionirt hatte. Allein diese Muthmaßung ist mit gar nichts unterstützt. Wahrscheinlicher ist es, daß durch die Lex *Julia* auf die kaiserlichen Statthalter ausgedehnt worden, was die Lex *Titia* für die ehemals vorkommenden Praesides verordnet hatte[54]), wozu vielleicht die Eroberung der Provinz Sicilien, als der ersten Provinz ausserhalb Italien, die Veranlaßung gegeben hat.

Ob übrigens der Praeses provinciae bey Ernennung der Tutoren freyer gewesen, als der Praetor urbanus, oder ob ihm, statt der Tribunen, Jemand anders zugegeben worden sey, darüber finden sich keine Nachrichten[55]). Jedoch ernannte auch der Praetor urbanus den neben einem bereits vorhandenen Tutor nöthig werdenden Vormund in Rom allein, und eben so erlaubte die Lex

52) *L.* 33. §. 2. *D. de Usurpat. et usucap.*

53) Cit. Excurs. ad *Theophilum*. Tom. II. pag. 1199.

54) S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts. S. 545. Z. 25.

55) S. Hugo a. a. O. S. 546. Z. 1. f.

Julia de maritandis ordinibus den Frauenspersonen, sich von dem Praetor urbanus, an ihres unmündigen gesetzlichen Tutors Stelle, einen andern zur Constituirung einer dos zu erbitten [56].

Zu den zur Ernennung der Tutoren berechtigten Obrigkeiten gehörten ferner

III. die Consuln. In den Institutionen [57] wird erzählt, es wären in der Folge den Pupillen nicht mehr nach jenen Gesetzen, der Lex *Atilia*, und der Lex *Julia* et *Titia*, Tutoren gegeben worden, und zwar aus dem Grunde, weil in denselben weder Etwas von der Cautionsleistung der Tutoren zur Sicherung des Vermögens der Pupillen, noch darüber Etwas enthalten gewesen, wie Vormünder zur Verwaltung der Vormundschaft genöthiget werden könnten. Nun hätten zuerst die Consuln angefangen, den Pupillen beyderley Geschlechts nach vorgängiger Prüfung Tutoren zu bestellen. Suetonius [58] giebt darüber nähere Nachricht. Er erzählt nämlich, Kaiser Claudius habe verordnet: ut pupillis *extra ordinem* tutores a Consulibus darentur. Mehrere [59] haben

56) Gajus *Instit. Comment. I.* §. 178. Nam et *lege* Julia *de maritandis ordinibus* ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a *Praetore urbano* tutorem petere. S. auch Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 20.

57) §. 3. *I. de Atiliano tut.*

58) In *vita Tib. Claudii.* Cap. 23.

59) *Ant.* Augustinus lib. de Legib. et SCtis. Lex Atilia. pag. 39. (*Paris* 1584 f.) *Ev.* Otto Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. *Henr.* Brencmann de Lege Remmia Cap. XI. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. III. pag. 1604. Not. a.) u. a.

behaupten wollen, durch diese Lex *Claudia* seyen die vorhergehenden Gesetze, die Lex *Atilia* und die Lex *Julia* et *Titia* aufgehoben worden. Diese Meinung scheint auch Theophilus zu begünstigen, welcher in seiner griechischen Paraphrase [60]) sagt: Ἀλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιόν· μετὰ δὲ ταῦτα ἡ τῶν Ἀτιλιανῶν καὶ Ἰουλιοτιτιανῶν ἀνῃρέθη δόσις. d. h. *Sed haec antea. Postea tutorum* ATILIANORUM *et* JULIO-TITIANORUM *datio* SUBLATA *est.* Allein Sueton sagt ja nur, daß die Consuln *extra ordinem* den Pupillen Vormünder gegeben hätten, das heißt also, wie es auch Janus a Costa [61]) versteht, praeter eos, qui iure ordinario in urbe ex lege *Atilia* tutores dabant, vielleicht in solchen Fällen, wo der Prätor in Rom unterlassen hatte, einen Tutor zu ernennen. Dann gieng die Constitution des K. Claudius auch nur auf Rom [62]). Denn so sollten auch nur in Rom die Consuln, oder der Prätor in Fideicommißsachen sprechen [63]). Gesetzt also, die Ernennung der Vormünder ex lege *Atilia* habe nach und nach aufgehört, seitdem die Consuln angefangen, den Pupillen ex inquisitione Tutoren zu bestellen, besonders nachdem das Ansehen der Volkstribunen unter den Kaisern so sehr gesunken war [64]); so haben doch gewiß noch unter Clau-

60) Ad. §. 3. I. de Atil. tut. Tom. I. pag. 166. edit. *Reitz.*

61) Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. pag. 106.

62) S. MARCHE Diss. §. X. Not. b.

63) SUETONIUS *in vita Claudii.* cap. 23. ULPIAN. *Fragm. Tit. XXV.* §. 12.

64) S. PLINIUS *Lib. I. Epist.* 23. *Christ. Gottl.* SCHWARZ Exerc. de Augustor. Caesarumque Rom. tribunicia potestate. *Altorf.* 1715. 4. §. 24. und *Mich. Conr.*

dius, und lange nachher die Statthalter der Provinzen Vormünder ernannt. Denn Justinian nennt ja selbst gleich nachher [65]) die Praesides noch als competente Vormundschaftsbehörde in den Provinzen. Es kann wohl seyn, daß die Statthalter in den Provinzen Anfangs bey der Bestellung der Vormünder nicht mit der gebührenden Vorsicht verfuhren, sondern ohne alle vorgängige Untersuchung Tutoren gaben [66]). Man sieht dieß aus der Vergleichung, welche Diodorus Siculus [67]) zum Lobe des Asellius zwischen ihm und seinen Vorgängern anstellt, und von ihm rühmt, daß ihm die Sorge für die Pupillen und Frauen, die keine Agnaten hatten, mehr am Herzen gelegen habe, als seinen Vorgängern, welche sich überhaupt nur Vormünder gegeben zu haben begnügt hätten, vielleicht weil die Gesetze weiter nichts verlangten. Sie hätten sich zwar freylich wenigstens Caution sollen leisten lassen, aber auch davon war in den oben erwähnten Gesetzen nichts enthalten. Indem nun aber auch die Statthalter der Provinzen, nach dem Beyspiel der Consuln, denen man ja ohnehin, wenn sie in Rom abgegangen waren, die Verwaltung einer Provinz pro consule zu übertragen pflegte, Tutoren ex inquisitione zu bestellen angefangen hatten; so konnte Justinian wohl sagen, man habe aufgehört, Tutoren mehr nach jenen Gesetzen zu bestellen, und es ist denn auch wohl für keinen Irrthum zu halten, wenn Theophilus sagt,

Curtius Commentarior. de Senatu Rom. post tempora lib. Reip. Lib. II. Cap. 5.

65) §. 4. *I. h. t.*

66) S. Broeus und Hotoman. Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut.

67) *Excerpt. Peirescian.* pag. 397. edit. *Valesii.* S. Not. 35.

die Bestellung Atilianischer, und Julius-Titianischer Vormünder sey aufgehoben. Es ist indessen auffallend, daß weder Gajus[68]) noch Ulpian[69]) der Consuln, als Vormundschaftsbehörde ex lege Claudia, gedenken, sondern beyde von der Lex *Atilia*, so wie von der Lex *Julia* et *Titia* sprechen, als wären sie noch zu ihrer Zeit gültig gewesen. Dieß kann wenigstens zum Beweis dienen, daß die lex *Claudia* auf keinen Fall eine durchgängig reformirende Verordnung gewesen sey[70]). Die Beyspiele von consularischer Ernennung der Vormünder sind daher auch bey den Classikern nicht so häufig. Nur unter Trajan kommt ein solcher Fall bey Plinius[71]) vor, wo Cornutus sagt: *Datum se a* Consulibus *tutorem Helvidii filiae, petente matre eius et vitrico.* Daß die Consuln auch mangelhafte testamentarische Tutelen bestätigen konnten, wie Modestin[72]) sagt, hängt mit dem obrigkeitlichen Ernennungsrechte vollkommen zusammen. Außer den bemerkten Obrigkeiten pflegten auch wohl die Kaiser selbst Tutoren zu bestellen. Spartian[73]) erzählt vom K. Hadrian, eum tutores saepissime dedisse. Vom Kaiser Marcus Aurelius Antoninus ward aber

IV. ein eigener Prätor blos für das Vormundschaftswesen angestellt, welcher daher *Praetor tutelaris*

68) *Comment. I.* §. 185 — 187. *et* §. 193.

69) *Fragm. Tit. XI.* §. 13.

70) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privat. Rechts. 1. B. §. 235.

71) *Lib. IX. Epist.* 13.

72) *L.* 1. §. 1. *in fin. de confirm. tut.*

73) In *vita Hadriani Cap. XXI. pr.*

genannt wurde[74]. Justinian[75]) gedenkt desselben nicht, sondern sagt blos, nach den Consuln hätten auch die *Praetores* ex Constitutionibus Tutoren gegeben. Aber Julius Capitolinus[76]) erzählt vom Kaiser Marcus: *Praetorem tutelarem* primus fecit, quum ante tuto-

74) In *L.* 2. *C. Quando mulier tutelae officio.* (V. 35.) heißt er Praetor, qui impertiendis tutoribus praesidet. und *L.* 1. *pr. C. de tutorib. vel curator. personar. illustr.* (V. 33) Praetor, qui tutelaribus cognitionibus praesidet. Bey PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. V. Tit.* 16. §. 2. Judex tutelaris. Paulus und Ulpian haben auch *de officio praetoris tutelaris* geschrieben. Aus beyder Schriften finden sich Stellen in den Fragmentis iuris civ. Antejustin. Vatican. ab *Ang.* MAJO edit. (*Romae* 1823. 4.) pag. 56. et 58. sq. Man sehe auch *L.* 9. *D. de Excusat.* Ganz irrig ist die Idee des *Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lectionum utriusq. iuris. Lib. II. cap. 57. welcher meint, der Praetor *tutelaris*, von dessen officio Ulpian geschrieben, sey einer von den 16 Prätoren gewesen, welche August, nach der Erzählung des Pomponius *L.* 2. §. 32. *D. de Orig. iuris*, eingeführt habe. Dieser Prätor, sagt er, habe seinen Namen daher erhalten, weil er über die vier Cohorten, welche August zum Schutz der Stadt Rom gehalten, und die davon Cohortes *praetoriae* geheißen, gesetzt gewesen sey. Dieß, meint er, beweise der Inhalt der angeführten *L.* 9. Allein sämmtliche Fragmente, die in den angeführten Fragment. Vatican. pag. 56. enthalten sind, beweisen, daß Ulpian in der angeführten Schrift von der Bestellung der Tutoren, und deren Excusation gehandelt habe, und dieses erhellet auch aus der daraus genommenen *L.* 9.

75) §. 3. *J. h. t.*

76) *Vita Marci Antonini Philosophi.* Cap. X. in fin.

res *a Consulibus* poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. Daß Justinian diese Praetores tutelares gemeint habe, ist wohl keinem Zweifel unterworfen, und es ist daher nicht nöthig, die gemeine Lesart praetores mit Hotoman[77]) für fehlerhaft zu halten, und dafür praetor zu lesen, da die Paraphrase des Theophilus die gemeine Lesart bestätiget, wenn man nicht etwa mit Balduin[78]) und Westenberg[79]) annehmen will, daß in der Folge die Prätoren in Rom, so wie die Präsides in den Provinzen das Recht, Vormünder zu ernennen, wieder ausgeübt haben. Es läßt sich dieses auch mit vieler Wahrscheinlichkeit aus dem folgenden §. 4. *I. h. t.* schließen. Was aber die Constitutionen anlangt, deren Justinian hier gedenkt, so versteht man darunter gewöhnlich[80]) die Constitution des Kaisers Trajan[81]), wodurch zuerst die Satisdation oder Caution der Tutoren, rem pupillo salvam fore, eingeführt worden, und die Verordnung des Kaisers Antoninus Pius[82]), nach welcher der Vormund zur Uebernehmung der Tutel sollte gezwungen werden können. Denn die Leges *Atilia*, *Julia* et *Titia* hatten so wenig von dem Zwange zum Ad=

77) Commentar. ad §. 3. J. h. t.

78) Comm. ad §. 5. J. eodem.

79) Divus Marcus. Diss. XI. §. 7. (*Opp.* Tom. III. p. 126.)

80) S. *Franc.* Hotoman Comment. ad §. 3. J. de Atil. tut. ad verba: *Nam suprascriptis legibus.* pag. 81. und *Franc.* Broeus Exposition. in Justin. Instit. Tit. eodem. nr. 5. pag. 143.

81) *L.* 5. *Cod. de magistratib. conveniend.*

82) *L.* 1. *pr. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* (XXVI. 7.) *L.* 1. *C. In quibus casibus tutor. vel curator. habenti.* (V. 36.)

ministriren, als von einer Cautionsleistung der Vormünder etwas verordnet, wie Justinian [83]) in folgenden Worten selbst sagt: Nam *supradictis legibus* neque de *cautione* a tutoribus exigenda, *rem salvam pupillis fore:* neque *de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem*, quicquam cavebatur. Jedoch ist die Satisdation der Vormünder nie ganz allgemein geworden [84]) so wie sich denn auch durch die Praxis der Behörden, welche die Vormünder bestellten oder confirmirten in Verbindung kaiserlicher Rescripte oder Senatsschlüsse, und der Interpretation der römischen Juristen nach und nach eine Reihe von Excusations-Gründen bildete [85]). Von beyden wird an seinem Orte gehandelt werden. Eine Oratio des Kaisers Marcus soll auch, wie Ulpian [86]) sagt,

V. dem legatus Proconsulis, so wie eine Constitution von eben demselben [87])

VI. dem Juridicus Alexandriae [88]) die Befugniß

83) §. 3. *in fin. J. h. t.*

84) S. Zimmern Gesch. des R. Pr. Rechts. 1. B. §. 249. S. 943.

85) S. Zimmern §. 241.

86) *L.* 1. §. 1. *D. h. t. L.* 15. *D. de officio Proconsulis.* Es konnte jedoch der legatus Proconsulis das Recht Vormünder zu ernennen, wenn es ihm auch gleich ex lege zustand, anders nicht ausüben, als wenn ihm der Proconsul die Jurisdiction übertragen hatte. *L.* 13. *D. de offic. Proconsulis.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 208. Not. 87. S. 291. der 2. Aufl.

87) *L.* 2. *D. de officio Juridici.* (l. 20.)

88) S. Noodt Commentar. ad Dig. Lib. I. Tit. 20. (*Opp.* Tom. II. pag. 47. Campiani de officio et potestate Ma-

zur tutorum datio gegeben haben, und dieses scheint nachher auf alle iuridici ausgedehnt worden zu seyn, weil, wie Ulpian in seinem Buche *de officio Praetoris tutelaris* [89]) bemerkt, ein Rescript des Kaisers Alexander Severus *in his regionibus, quae sunt sub* Juridicis [90]), dem Praetor tutelaris die Befugniß den Pupillen Vormünder zu geben, abspricht. Ausser den Statthaltern der Provinzen konnten auch

VII. die magistratus municipales Vormünder bestellen, und zwar sagt Ulpian *libro trigesimo sexto ad Edictum* [91]): Jus dandi tutores datum est *omnibus*

gistratuum Romanor. ad L. 2. D. de offic. iuridici Alex. pag. 451. und den 2. Th. dieses Commentars. §. 183. S. 600.

89) Die hierhrr gehörige Stelle befindet sich in den Fragment. iuris civ. Antejustinian. Vatican. a Majo edit. (*Romae* 1823.) pag. 56.

90) Julius Capitolinus *in Vita M. Antonini.* Cap. XI. Datis *iuridicis Italiae* consuluit ad id exemplum, quo *Hadrianus* Consulares viros reddere iura praeceperat.

91) *L.* 3. *D. de tutorib. et curator. datis.* Die Municipal-Obrigkeiten, welche Vormünder zu ernennen berechtiget waren, und magistratus schlechtweg genennt werden, zum Unterschied der magistratus populi Romani, waren die Duumviri *L.* 1. §. 9. *D. de magistratib. conveniend.* und die Defensores civitatum. §. 3. *J. h. t.* Von denen jene gleichsam die Consuln in den Municipal-Städten, wie *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 61. sqq. gezeigt hat; diese aber die Volkstribunen vorstellten. Sie werden daher auch Defensores *plebis* genennt. *L. un. C. de officio iurid. Alexandr.* S. *Jo Christ.* Schmid Diss. de civitatum Defensoribus. *Lipsiae* 1759. §. V. sqq.

magistratibus municipalibus, eoque iure utimur. Sie erhielten dieses Recht durch eine Constitution der Kaiser Marcus und Verus [92]). Jedoch durften sie hierin nicht für sich handeln, sondern die Bestellung geschahe unter der Auctorität des Präses der Provinz, bey dem sie entweder von der Bestellung Anzeige machen, oder zur Bestellung Veranlassung bekommen mußten [93]). Dieß ist es, wenn Justinian sagt §. 4. *J. h. t.* die Magistratus, nämlich municipales, hätten *iussu Praesidum* Tutoren creirt. Das Wort *iussus* aber bedeutet hier soviel, als auctoritas, also nicht blos Befehl, Erinnerung, Aufforderung, sondern auch Genehmigung [94]). Dieser Einfluß des Präses war um so nöthiger, weil, wie Justinian sagt, die Competenz der Municipal-Obrigkeiten blos auf den Fall beschränkt war, wenn das Ver-

und *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 19. sqq. et §. 24. Die Duumviri wurden alle Jahr, die Defensores aber alle 5 Jahre creirt. *L.* 4. *Cod. de defensorib. civitat.* S. *Ev.* Otto c. l. Cap. VIII. §. 4.

92) *L.* 24. *D. h. t.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Christ.* Gebauer Diss. actionem tutelae adversus magistratus expendens. *Lipsiae* 1726. §. V. et VI. (in *Exercitatt. academm.* Tom. I. pag. 212. sqq.)

93) *L.* 46. §. 6. *D. de admin. tut. L.* 1. §. 6. *D. de magistratib. conveniend.* S. Vinnius Commentar. ad §. 4. J. h. t. nr. 3. ad verba: *Magistratus* iussu *Praesidum.* und *Ger.* Noodt de iurisdictione et imperio. Lib. II. cap. 8. (*Opp.* Tom. I. pag. 126. sq.)

94) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 4. §. 2. und *Ant.* Schulting ad Eundem. Not. 5. (in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 394.) Man s. auch Cujacius Observat. Lib. XV. cap. 19 in fin. und *Ev.* Otto Comm. ad §. 4. J. de Atil. tut.

mögen der Pupillen nicht bedeutend war *). Endlich hatte in Rom neben dem Prätor

VIII. auch der Praefectus urbi das Recht Vormünder zu ernennen. Schon Tryphonin *libro XII. Disputationum* [95]) gedenkt desselben. Romae datos tutores, sagt er, eos tantum accipere debemus, qui vel a *Praefecto urbi*, vel a *Praetore* dati sunt. Durch welche Constitution ihm aber diese Competenz ertheilt worden, ist nicht bekannt [96]). Soviel aber ist aus der angeführten Stelle ersichtlich, daß zu der Zeit, als Tryphonin dieses schrieb, der Praefectus urbi allein, ohne Beyrath und Zuziehung des praetor tutelaris, so wie denn auch dieser allein, ohne jenen, Vormünder habe ernennen können [97]). Dieß änderten nun aber die Kaiser Valentinian II. Theodos I. und Arcadius in einer Verordnung vom J. 389 [98]) dahin ab, daß der Praefectus urbis und der Praetor tutelaris zugleich, mit Zuziehung von zehen Senatoren, die Vormünder ernennen

*) Man vergleiche hier noch vorzüglich *Em.* Merillius Observation. Lib. IV. Cap. 30.

95) *L.* 45. §. 3. *D. de Excusation.*

96) S. Vinnius Comm. ad §. 4. J. de Atil. tut. *Jan. a* Costa Comment. ad eund. §. h. t. und *Arn.* Drackenborg Diss. de praefectis urbi. praes. *Pet. Burmanno Ultrajecti* 1704. *def. Cap. X. in fin.*

97) S. *Jac.* Gothofredus Comment. ad L. 3. Cod. Theod. de tutorib. et curator. creand. (III. 17.) Tom. I. p. 361. edit. *Ritter.*

98) *L.* 3. *Cod. Th. de tutorib. et curatorib. creandis.* bey *Gothofred.* Tom. I. pag. 360. edit. Ritter; bey Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 352. und bey Wenck Cod. Theod. libri V. prior. pag. 183.

sollten [99]). Ob diese Constitution auf eine bestimmte Art von Unmündigen, etwa blos auf die Kinder der personae illustres, habe beschränkt seyn sollen, ist aus der Constitution selbst, so wie sie in dem theodosianischen Codex nach Gothofredus und Hugo gelesen wird, nicht zu ersehen [100]). Bey beyden lautet sie so.

Illustris Praefectus urbis, adhibitis Decemviris e numero Senatus amplissimi, et Praetore clarissimo viro, qui tutelaribus cognitionibus praesidet, tutores curatoresve ex quolibet ordine idoneos faciat retentari.

Es läßt sich auch aus den Worten *ex quolibet ordine* keinesweges mit Gothofredus folgern, daß diese Constitution sich blos auf Kinder aus dem Stande der Senatoren beziehe. Denn ohne Zweifel wollen die angeführten Worte weiter nichts sagen, als daß bey Bestellung der Vormünder nicht auf den Stand derselben Rücksicht genommen werden solle, weil es bey Vormündern nur hauptsächlich auf Treue und Redlichkeit ankommt. Dieser Grund allein reicht also nicht hin, die Lesart zu ändern, und Statt illustris vielmehr illustribus zu

99) Zimmern Gesch. des R. Priv. Rechts 1. B. §. 235. S. 886. glaubt, daß durch diese Constitution der Praefectus urbi zuerst die ihm hier mit dem Prätor eingeräumte Competenz erhalten habe, und daher die *L.* 45. §. 3. *D. de Excusat.* in Rücksicht des theodosischen Gesetzes interpolirt sey. Ich habe ihm hierin nicht beytreten können.

100) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theodos II. und Valent. III. (Wetzlar 1811.) S. 71. Not. 1.

lesen, obwohl Gothofredus und Hugo diese Lesart vorziehen, und Wenck sie wirklich in seiner Ausgabe angenommen hat [1]). Denn der Titel illustris war dem Praefectus urbi eigen, wie aus der gleich nachher folgenden Constitution derselben Kaiser, *L. 4. C. Th. de tutorib. et curatorib. creand.* erhellet. Wer sollte aber glauben, daß die Kaiser dem Praefectus urbi den ihm gebührenden Titel beyzulegen unterlassen haben sollten, da sie dem Prätor das Prädicat eines clarissimi viri geben? Dann spricht aber auch dagegen offenbar das Ende der eben angeführten Constitution derselben Kaiser, welche von der Tutel der Mutter über ihre unmündigen Kinder, und deren Qualification handelt. Hier heißt es:

Quod si feminae tutelas refugerint, et praeoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris *Praefectus urbi*, adscito *Praetore*, *qui impertiendis tutoribus praesidet*, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine, per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt.

In dem justinianeischen Codex ist freylich jene Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos, und Arcadius, allein ohne Zweifel durch Interpolation, blos auf die Kinder der illustres beschränkt, und daß sie wirklich blos darauf allein beschränkt seyn solle, ist schon in der Ueberschrift des Titels angedeutet worden, in welchem sie ihren Platz erhalten hat. Es ist nämlich jetzt die *L. 1. Cod. de tutoribus vel curatoribus illustrium, vel clarissimarum personarum.* (V. 30.) Die Worte lauten

1) Man sehe hier *Jac.* Cujacii Recitatt. solemn. in Cod. ad Tit. 33. Lib. V.

eben so, wie sie oben aus dem theodosianischen Codex sind angeführt worden, nur daß, statt illustris, *illustribus*, nämlich in Beziehung auf die Kinder, geändert worden ist [2]). Hieraus erklärt sich nun auch der von vielen mißverstandene Text der Institutionen [3]), wenn es nämlich §. 4. *h. t.* heißt:

Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem Praefectus urbi, vel Praetor, *secundum suam iurisdictionem:* in provinciis autem Praesides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus iussu Praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.

Denn offenbar beziehen sich die Worte *secundum suam iurisdictionem* auf die Competenz in Rücksicht der Personen, denen der Praefectus urbi, und denen der Praetor Tutoren geben konnte, so wie sie auch Theophilus erklärt hat [4]). In der griechischen Paraphrase heißt es nämlich:

2) So sind auch die Worte: *super cuius nomine*, *solemnitate servata*, *postea per Praetorem interponatur decretum*, und die ganze Schlußperiode: *In provinciis autem curiales — indemnitati minorum obnoxias etiam suas deinceps esse facultates*, offenbar aus andern verloren gegangenen Gesetzen interpolirt, wie Beck cit. loc. pag. 184. Nott. f. et l. richtig bemerkt hat.

3) Man vergl. hier vorzüglich *Ge. D'* Arnaud Variar. Coniecturar. iuris civ. (*Leovard.* 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. pag. 86. sq. und *Jo. Bern.* Koehler Animadversion. ad quaedam Institution. loca. adj. Justiniani Instit. ex rec. *Cujacii* ab eo edit. pag. 224. ad h. §. 4. de Atil. tut.

4) *Em.* Merillius Comment. ad §. 4. J. de Atil. tut. nimmt das Wort *iurisdictio* hier für officium ius dicen-

Διὰ τοῦτο δὲ εὗπον κατὰ τὴν οἰκείαν ιουρισδικτιόνα, ἐπειδή εἰσί τινες, οἷς ὁ ἔπαρχος, οὐ μὴν ὁ πραίτωρ, δύναται χειροτονεῖν ἐπίτροπον. i. e. *Ideo autem dixi,* SECUNDUM SUAM JURISDICTIONEM, *quoniam sunt quidam, quibus* PRAEFECTUS, *non* PRAETOR, *tutorem constituere potest.*

§. 1317. a.

Justinianeisches Recht. §. 5. *J. de Atiliano tutore.*

Bey dieser Verfaßung, daß in Rom der praefectus urbi nebst dem Prätor den Kindern der personae illustris, zu welchem Ulpian *L.* 1. *D. de iurisd.* (II. 1.) auch pupillis non habentibus tutores constituere, rechnet. Nach dieser Erklärung hieße also *secundum suam iurisdictionem* so viel, als nach den Gränzen seiner Amtsgewalt, vermöge welcher der Prätor nur solchen Pupillen, die seiner Jurisdiction unterworfen waren, die also nicht zu den personae illustres gehörten, Vormünder geben konnte, da für die Bevormundung der illustres der Praefectus urbi zu sorgen hatte. So haben auch diese Worte richtig erklärt, jedoch ohne an den Theophilus zu denken, *Jul.* PACIUS Analys. Institut. h. t. § 4. *Ant.* MATTHAEI Comm. ad §. 4. J. h. t. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XI. § 9. und *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppii* Comment. ad Inst. h. t. §. 4. Not. a. pag. 173. Erst *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. IX. nr. 3. (in *Thes. Meerman* Tom. II. pag. 250.) nahm den Theophilus zu Hülfe. Er sagt: *Quod* JUSTINIANUS *ait, Praefectum urbi et Praetorem tutores dare* SECUNDUM JURISDICTIONEM SUAM, *idem est, ac secundum id, quod eis lege iniunctum est. Ille ut illustrium, hic ut ceterorum filiis tutores det, secundum finem et modum officii sui* §. Hoc iure J. de Atiliano tutore. *Ita fere* THEOPHILUS, *cuius sententia sic explicanda est.*

stres und clarissimae, anderen Pupillen aber der Prätor allein, in den Provinzen hingegen die Praesides ex inquisitione, überdem, jedoch nur auf deren iussus, d. h. unter ihrer Auctorität, die Municipal-Obrigkeiten, nämlich die Duumvirn, und Defensoren des Volks, Vormünder bestellten, blieb es im Ganzen auch unter Justinian, wie die Worte des §. 4. *J. h. t.* Sed hoc iure utimur, beweisen. Merkwürdig ist sowohl das Verfahren, welches bey der Bestellung der Vormünder in dem theodosischen Gesetz, so wie es in dem Just. Codex interpolirt worden, dem Präfectus in Rom vorgeschrieben ist, nämlich daß unter mehreren, welche zu Vormündern ernannt werden sollen, einem, den das Consilium für den würdigsten hält, die Verwaltung übertragen, und dieser vom Prätor durch ein Decret bestätigt werden soll; als auch der Unterschied, der in dieser Constitution zwischen den Obrigkeiten in Rom und den Decurionen in den Provinzen bey der Bestellung der Vormünder für die Kinder der clarissimarum personarum gemacht wird, nämlich daß jene wegen der Ernennung nicht verantwortlich seyn, während diese mit ihrem eigenen Vermögen für den Vormund haften sollten [5]).

Allein Justinian verordnete, daß in dem Falle, da das Vermögen der Pupillen oder Minderjährigen nicht über 500 solidi beträgt, bey Ernennung der Vormünder in den Municipal-Städten nicht mehr, wie vorher, die iussio oder Anweisung des Präses der Provinz einzuholen und zu erwarten nöthig seyn solle; sondern es sollten auch ohne dieselbe, die Defensores civitatum, so wie

5) S. Cujacius Recitation. solenn. in Cod. Lib. V. T. 33. in fin.

auch andere Municipal-Obrigkeiten, (Duumviri) und der Juridicus in der Stadt Alexandrien, jedoch mit Zuziehung des Bischofs, oder anderer öffentlicher Personen, welche an dem Orte vorhanden sind, Vormünder bestellen können [6]).

Die Constitution selbst ist die *L.* 30. *Cod. de episcopali audientia*, welche in der Spangenbergischen Ausgabe [7]) folgendermassen lautet.

Θεσπίζομεν, ταῖς κηδεμονίαις τῶν νεῶν, εἴτε τῆς πρώτης εἴτε τῆς δευτέρας εἶεν ἡλικίας, ἤ καὶ ἕτεροί τινες, οἷς ὁ νόμος δίδωσι κηδεμόνας, εἴπερ ἄχρι πεντακοσίων χρυσῶν καὶ μόνον τὰ τῆς περιουσίας εἴη τῶν νέων, μὴ τὴν τῶν ἀρχόντων τῶν ἐπαρχιῶν παραμένειν χειροτονίαν, μηδὲ δαπάναις μεγάλαις περιβάλλεσθαι, τῶν ἀρχόντων ἴσως, οὐδὲ ἐνδημούντων ταῖς πόλεσι ἐκείναις ἐν αἷς προϊέναι τὴν κηδε-	Sancimus, in curationibus iuniorum, sive primae, sive secundae sint aetatis, aut alii quidam, quibus lex dat curatores, si quidem usque ad quingentos aureos et solummodo facultates sint iuniorum, non Praesidum provinciarum exspectare creationem, neque impensis maximis subiici, Praesidibus forte neque morantibus in urbibus illis, in quibus prospici curationi contingit, sed

6) S. Westenberg Divus Marcus. Diss. XI. §. 8. (*Opp.* Tom. III. pag. 126.)

7) Contius hat sie restituirt, und ins Lateinische übersetzt. Die griechische Constitution befindet sich in *Theod.* Balsamonis Collect. ecclesiasticar. Constitution. Lib. I. Tit. 4. Const. 30. (in *Biblioth. iuris canon. vet.* studio *Guil.* Voelli et *Henr.* Justelli Tom. II. pag. 1279.)

μονίαν συμβαίνει· ἀλλὰ παρὰ τῷ τῆς πόλεως ἐκείνης ἐκδίκῳ, ἢ στρατηγῷ, κατὰ τὴν τῶν Ἀλεξανδρέων παρὰ τῷ ταύτης Ιουριδίκῳ, ἅμα τῷ θεοφιλεστάτῳ ταύτης ἐπισκόπῳ, ἢ καὶ δημοσίοις προσώποις, εἴγε εὐποροίη τούτων ἡ πόλις, γίνεσθαι τὰς χειροτονίας τῶν κηδεμόνων.	apud civitatis illius Defensorem, aut magistratum municipalem, vel in Alexandrina civitate apud eius Juridicum, una cum religiosissimo eius Episcopo, aut aliis etiam publicis personis, si harum copiam habeat civitas, fieri creationes curatorum, seu tutorum.

Dieß ist diejenige Constitution, worauf **Justinian** in seinen Institutionen § 5. *de Atiliano tutore* verweist. So wie jedoch der Text nach der gewöhnlichen Lesart lautet, stimmt die hier vorkommende Relation mit dem Inhalt der angeführten Constitution nicht überein. Es heißt nämlich daselbst.

Nos autem per Constitutionem nostram et huiusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata iussione Praesidum disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, Defensores civitatum, una cum eiusdem civitatis religiosissimo Antistite, *vel alias publicas personas*, id est, Magistratus, vel Iuridicum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum eiusdem Constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

So lesen nicht nur alle Ausgaben, sowohl glossirte, z. B. von **Koberger**, **Baptista de Tortis**, **Hugo a Porta**, **Petit**, **Baudoza** u. a., als nichtglossirte

von Cujaz, Haloander, Russard, Charondas, Contius, Gebauer, Bucher u. a., sondern auch die Commentatoren, Bröus, a Costa, Vultejus, Vinnius, Ev. Otto, Em. Merillius, und Pacius. Allein schon Cujaz [8]) und Fabrot [9]) haben bemerkt, daß die Lesart: *vel alias publicas personas, id est, magistratus,* offenbar unrichtig sey. Denn nach dieser Lesart wären ja die *personae publicae* die Municipal-Obrigkeiten selbst, da sie doch nur von den Defensores, Duumviri, und dem Iuridicus Alexandriae bey Ernennung der Vormünder zu Hülfe genommen werden sollen, wie Justinian in der *L.* 30. *C. de episcop. audient.* vorgeschrieben hat. Derselben gemäß müsse also vielmehr: *vel aliis publicis personis, vel magistratum, vel Iuridicum* gelesen werden. Diese Lesart haben auch Biener und Beck in ihren Ausgaben angenommen. Diese verbesserte Lesart befreundet sich zwar auch insoweit mit der Paraphrase des Theophilus, als daselbst die personae publicae nur als beyzuziehende Gehülfen der Defensoren bey Bestellung der Vormünder angesehen werden. Allein wenn daselbst diese personae publicae von magistratus (i. e. municipales) oder auch von dem Iuridicus der Stadt Alexandrien verstanden werden wollen, so ist dieses der Verordnung des Kaisers Justinian ganz zuwider. Theophilus spricht sich folgendermassen aus.

Ο δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς οἰκεία διατάξει τὰς

8) Notae priores ad Institut. ad h. §.

9) Notae ad *Theodori* Balsamonis Constitution. ecclesiasticar. Collection. ad Tit. 4. Lib. I. L. 30. (in Voelli et Justelli *Bibliotheca iuris canon. vet.* Tom. II. pag. 1397.) und ad Theophili paraphr. graec. h. t. nach der Ausgabe von Reitz Tom. I. pag. 168. Not. y.

τοιουτοτρόπους τῶν ἀνθρώπων δυσκολίας ἐκτέμνων, προσέταξε τοὺς ἐκδίκους τῶν πόλεων, τὴν τῶν αρχοντων οὐκ ἀναμένοντας κέλευσιν, ἐν ᾧ ἡ τοῦ ἀνήβου, ἤγουν τοῦ ἀφήλικος ὑπόστασις ἕως φ΄ νομισμάτων ἐστὶν, ἅμα τῷ τῆς πόλεως εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ, συνόντων καὶ ἑτέρων δημοσιευόντων προσώπων, τουτέστι στρατηγῶν, ἢ εν Ἀλεξανδρείᾳ τοῦ Ἰουριδίκου, ἐπιτρόπους ἢ κουράτωρας χειροτονεῖν. i. e. *Verum noster Imperator sua constitutione huiuscemodi hominum difficultates resecans, iussit Defensores civitatum, haud exspectantes Praesidum iussum, quando pupilli vel minoris patrimonium usque ad quingentos solidos valeat, una cum religiosissimo civitatis Episcopo, praesentibus etiam aliis personis publicis, id est, magistratibus, aut in Alexandriae urbe Iuridico, tutores vel curatores constituere.*

Theophilus macht also hier die Duumviri und den Iuridicus Alexandriae zu Gehülfen der Defensoren, welche doch vermöge der Constitution selbst Vormünder zu ernennen berechtiget sind, obwohl mit Zuziehung des Bischofs der Stadt oder anderer öffentlicher Personen. Daß Justinian die Constitution in den Institutionen abgeändert haben sollte, ist nicht zu glauben, und da man den Theophilus wohl zutrauen kann, daß ihm die Constitution des Justinian bekannt gewesen seyn müsse, so ist der sich hier findende Widerspruch unerklärbar [10].

10) S. Gebauer Diss. cit. de actione tutelae adv. Magistratus. §. VI. Not. b. und *Jo. Bern.* Koehler Animadversiones ad quaedam Instution. loca. ad §. 5. J. de Atil. tut. adj. *Instit.* ex rec. *Cujacii* ab Eo edit. pag. 224.

Ich bemerke hier nur noch Folgendes zur Erläuterung der angeführten Constitution.

1) Die Defensores civitatum [11]), welche in unserer Constitution, und vom Theophilus *ἔκδικοι τῶν πόλεων* genennt werden, auch Defensores locorum [12]) heißen, erschienen, als ein neuer Magistrat in den Municipalstädten, zuerst im vierten Jahrhundert, zur Zeit der Kaiser Valentinian und Valens [13]). Ihr Hauptgeschäft war Schutz der Einzelnen, besonders der ärmern Volksklasse, gegen die Bedrückungen der Statthalter, und die Erpressungen der Susceptorum bey Eintreibung der öffentlichen Abgaben, und besonders des Getraides [14]).

11) Man vergleiche hier vorzüglich Frid. Carl von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 1. B. (Heidelberg 1815.) Kap. 2. S. 63. ff. und *Frid.* Roth de re municipali Romanorum. Lib. II. Cap. 3. §. 24. et 25.

12) *L.* 3. *Cod. de defensor. civit.* (I. 55.) und *L. ult. Cod. de iudiciis.* (III. 1.)

13) *L.* 1. *C. de Defensorib. civitat.* (I. 55.) S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 1. Cod. Theod. eodem. (Tom. I. Cod. Theod. pag. 69.) und *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipiorum. Cap. VIII. §. 4. pag. 283. Defensores kommen zwar schon vor Valentinian in den Pandecten vor, aber nur als solche Personen, welche einzelne vorübergehende städtische Geschäfte, als Syndici, als Curatores, besorgten. *L.* 1. §. 13. *D. Quando appelland. L.* 1. §. 2. *L.* 18. §. 13. *D. de munerib.* S. Roth lib. cit. §. XXIV. Not. 180. pag. 101.

14) *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *Cod. de Defensorib. civit. L.* 10. *C. de Susceptorib. Jac.* Gothofredus ad L. 23. *C. Theod.* de Susceptor. (Tom. IV. pag. 587. edit. *Ritter.*)

Daher werden sie auch Defensores plebis genennt [15]), und konnten wegen solcher Ungerechtigkeiten, an die Oberbehörden, die Praefecti praetorio, magistri equitum et peditum, auch die magistri officiorum Bericht erstatten [16]). Zugleich hatten sie aber auch eine untergeordnete Civiljurisdiction erhalten, welche Anfangs nur in geringeren Sachen bis zu 50 Solidi [17]), seit Justinian aber bis zu 300 Solidi competent war [18]). Justinian erhob die Defensoren zu wahren Magistråten, (ἄρχονται) [19]). Er gab ihnen auch einen Exceptor und zwey Officialen [20]). Die Appellation gieng von ihnen an den Statthalter [21]), dessen Stelle sie auch in Abwesenheit des-

15) *L. un. C de officio Juridici.*

16) *L.* 8. *C. de Defens. civ.*

17) *L.* 1. *C. eod.*

18) *Nov. Justinian. XV. Cap.* 3. §. 2. Diese 300. Solidi, den Solidus seit Constantin zu 1¼ Ducaten gerechnet, betrugen die Summe von 400. Ducaten, Römisch 30000. Sesterzien. S. von Savigny a. a. O. Not. 141. S. 65.

19) *Nov. XV. Cap.* 1. *pr.* — adeo ut cuiusque civitatis Defensor, *magistratus* magis, quam defensor videatur.

20) *Nov. XV. Cap.* 3. §. 1. Julianus *Epit.* Novellar. Const. XXX. Cap. 105. hat es so übersetzt: *Habeat ex praesidali apparitione unum* exceptorem *et duo* apparitores. Exceptor war die allgemeine Benennung für die Secretåre aller öffentlichen Behörden. S. Panciroli Notitia Dignitatum Orient. Cap. XIX. pag. 36. sq. Cramer Supplem. ad *Brisson.* de Verbor Signif. (*Kil.* 1813. 4.) pag. 22. Not. 8. und von Savigny Gesch. 1. B. Kap. 2. S. 48.

21) *Nov. XV. Cap.* 5. *pr.*

selben vertraten [22]). Das Amt der Defensoren dauerte jedoch unter Justinian nicht mehr fünf Jahre, sondern nur zwey [23]). Diese Defensoren waren es nun auch, welchen das Recht zustand, den Unmündigen oder Minderjährigen in ihrer Stadt Vormünder zu geben, jedoch nur dann, wenn das Vermögen derselben sich bis auf 500 solidi belief [24]). Ein gleiches Recht hatten

2) auch die στρατηγοὶ. Darunter werden überhaupt magistratus municipales, hier aber insonderheit die Duumviri [25]) verstanden, welche daher schlechthin

22) *Nov. XV. Cap.* 3. §. 1. Magistratuum locum impleant, et maxime quando absunt, ut, cum Praesides provinciarum absunt, nihil civitatibus, ipsis praesentibus, deesse videatur.

23) *Nov. XV. Cap.* 1. §. 1. Imperet vero solum *per biennium*, et tum a munere removeatur.

24) Dieses beträgt, den Solidus zu 1⅕ Ducaten gerechnet, 600. Ducaten. Römisch 50000. Sesterzien. S. *Arn.* Vinnius Commentar. ad. §. 5. J. de Atil. tut. Unrichtig haben wohl unstreitig *Jan. a* Costa Com. ad §. 5. J. de Atil. tut. und *Ant.* Contius in Notis in Tit. 20. Libri I. Instit. (*Opp. ab Em.* Merillio editor. pag. 641. 4.) die Worte: *usque ad quingentos solidos* verstanden, wenn sie solche durch *citra* quingentos aureos erklären, und das *usque* hier exclusive nehmen wollen.

25) S. *Ant.* Augustinus ad Modestinum de Excusationibus ad L 6. §. 16. D. eod. (in *Thes. J. R. Otton.* T. IV. pag. 1580. sq.) Insonderheit von Duumviris, *Guid.* PanciroLus de magistratibus municipalibus. (*Genevae* 1623. *f.*) Cap. VIII. pag. 7. sq. Roth de re municipali Rom. Lib. II. Cap. 3. §. 19 — 21. und von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 27 — 29. und S. 51 — 63.

magistratus genennt werden [26]. Diese Duumvirn hatten in den Municipalstädten die Direction des Senats [27], und waren mit der Rechtspflege beschäftiget [28]. Von der letztern, als Hauptgeschäft dieser Magistratur, erhielten sie den Namen Duumviri iuri dicundo, der besonders in den Inschriften häufig vorkommt [29]. Ausser Italien hatten sie aber die Gerichtsbarkeit nur in den privilegirten Städten mit ius Italicum [30]. Da nun dem magistratus die Jurisdiction zugeschrieben wird; so steht der Name *Duumvir* und *Magistratus* abwechselnd neben einander [31].

26) *L. 1. et 2. C. de magistr. municip.* und Theophilus *Paraphr. gr.*

27) S. von Savigny S. 56. Die Duumvirn hatten daher unter den Decurionen den ersten Rang. *L. 1. D. de albo scrib.* (L. 3.) In ihre Hände war summa reipublicae gelegt. *L. 14. D. ad Municipal.* S. *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XII. §. 6. pag. 426. sq.

28) S. von Savigny S. 30. ff.

29) Z. B. bey Doni Class. V. Nr. 42. 83. 84. In den Inscriptionen werden die Duumvirn auch Praefecti iuri dicundo genennt. S. *Jac.* Gutherius de Officiis domus Augustae. Lib. I. Cap. 8. pag. 29. Allein eigentlich waren die Praefecti iuri dicundo eine Ausnahme von der Regel. Sie kamen bloß in einzelnen Städten als Surrogat der Duumvirn vor, wurden jedes Jahr neu in Rom ernannt, und der Stadt zugeschickt. Festus voc. *Praefecturae.* Livius. XXVI. 16. Cicero *ad Famil. Lib. XIII.* Epist. 11. S. von Savigny S. 39. f.

30) S. von Savigny S. 51. f. besonders S. 62. ff.

31) *L. 4. §. 3. et 4. D. de damno infecto.* (XXXIX. 2.) *L. 18. Cod. de Decurionib.* (X. 31.) Daher werden auch in der *L. 30. C. de episc. aud.* unter στρατη-

Sie werden sogar Consuln genennt [32]), und in der That konnte auch diese höchste Magistratur der italischen Städte mit dem Röm. Consulate vor Absonderung der Prätur verglichen werden [33]), da die Duumvirn sowohl den Vorsitz im Senat, mit den übrigen Amtsgeschäften der Consuln [34]), als auch die fasces mit denselben gemein hatten [35]), so wie auch die Dauer ihres Amts, welche sich hier ebenfalls nur auf ein Jahr beschränkte, und die Zahl derselben der der Röm. Consuln gleich war [36]). Ihre Jurisdiction, welche ursprünglich unbeschränkt war, ward in der Folge auf eine bestimmte Summe festgesetzt [37]). Besondere Vorschriften über die Grenzen derselben kommen jedoch in den Fragmenten des Röm. Rechts, so wie in den Röm. Classikern, nicht vor [38]). In Sachen, die zur

γοὶ, magistratus, gewiß keine andern Municipalmagiſträte verſtanden, als die *Duumviri.*

32) S. von Savigny. S. 29.

33) von Savigny. S. 27. a. E.

34) S. *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 63. sqq.

35) Cicero *Orat. II. de lege agrar. contra Rullum ad Populum.* cap. 34. S. Pancirolus cit. libr. Cap. VIII. pag. 8. und Otto Cap. XIII. §. 9. pag. 485. sqq.

36) *L.* 13. *D. ad municipal. L.* 13. *C. de Decurion. L.* 1. *C. Th. Quemadmod. munera civil. indicant.* (XII. 5.)

37) Paulus *Sentent. Recept. Lib. V. Tit.* 5. §. 1. Nach der *Lex Galliae cisalpinae* war in einigen Sachen die Jurisdiction der Duumvirn unbeschränkt, in andern beschränkt. S. von Savigny S. 35. f.

38) Vielleicht bis zu 300. Solidi. Denn bis soweit hatte Justinian die Gränzen der Jurisdiction der Defensoren bezeichnet *Nov. XV. Cap.* 3. §. 2. Wegen der

Competenz ihrer Gerichtsbarkeit gehörten, machten nun die Duumvirn das Gericht erster Instanz aus; von ihnen gieng die Appellation an den Beamten des Kaisers, welcher dagegen in Sachen, welche mehr als die vorgeschriebene Summe betrugen, die erste Instanz hatte [39]). Jedoch konnten auch die Duumviri in Sachen grösserer Summen sprechen, wenn es mit Uebereinkunft der Partheyen geschahe [40]). In der Lex Galliae cisalpinae [41]) wird ihnen sogar ein imperium et potestas zugeschrie-

Gleichstellung derselben mit den Magistraten ist es nicht unwahrscheinlich, daß dieses eben die Summe war, worauf die Municipalmagistrate in irgend einer frühern Zeit sprechen durften. S. von Savigny angef. Geschichte des R. R. 1. B. 2. Kap. Not. 141. S. 55. Man könnte vielleicht, weil sie den Pupillen, deren Vermögen sich bis auf 500. solidi belief, Vormünder geben konnten, schließen, sie hätten auch bis auf so hoch Recht sprechen können. Allein darauf hat schon Cujacius in Exposit. Nov. XV. geantwortet: longe aliam esse rationem eorum, quae legis, et eorum, quae iurisdictionis sunt: tutoris dationem legis esse, causarum cognitionem iurisdictionis.

39) *L.* 1. *et* 3. *Cod. Theod. de reparationib. appellation.* (XI. 31.) Unter dem Namen Magistratus werden auch hier die Duumviri verstanden, wie *Jac.* Godofredus in Comment. ad L. 1. cit. Tom. IV. pag. 293. edit. *Ritter.* bemerkt hat.

40) *L.* 28. *D. ad Municipal.* Paulus *libro I. ad Edictum.* Inter convenientes et de re maiori apud magistratus maiores agetur.

41) *Column. I. Cap. XX. in fin.* (in Hugo civilist. Magazin. 2. B. Nr. XX. S. 446.) Neve quis magistratus, *pro quo imperio potestateque erit*, intercedito.

ben, sie hatten in früheren Zeiten auch ein Tribunal, als Zeichen höherer Würde [42]). Allein alles dieß hat sich in der Folge geändert [43]). Ihre Jurisdiction blieb ihnen zwar, jedoch auf eine nicht genannte Summe beschränkt, die nur durch Uebereinkunft der Partheyen überschritten werden durfte [44]), auch ohne imperium und potestas, welches nur den magistratus maiores zugeschrieben wird [45]). Daher sagt Paulus *libro I. ad Edictum* [46]): Ea, *quae magis imperii sunt*, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Eben deswegen konnten sie nicht in integrum restituiren, keine missio in bona verfügen [47]), noch sonst etwas vornehmen, was zum imperium gehörte [48]), ausser im Falle dringender Eile aus besonderm Auftrage der höhern Magistrate, unter welchen sie standen, z. B. des Prätors, oder Präses [49]). Ein Tribunal wird ihnen auch nicht mehr zugeschrieben [50]); und wenn die Kaiser Arcadius und

42) Suetonius *de claris Rhetor.* Cap. 6. S. auch die *Inscriptio Veronensis* bey Reinesius Clas. VI. Nr. 44. und Otto cit. lib. Cap. XIII. §. 2. pag. 417. besonders von Savigny Gesch. 1. B. S. 36.

43) S. von Savigny a. a. O. S. 37. f.

44) *L.* 11. *D. de iurisdict. L.* 28. *D. ad Municip.*

45) *L.* 32. *D. de Injur. L.* 26. §. 2. *D. Ex quib. caus. maiores. Ev.* Otto cit. libr. Cap. XIII. §. 2.

46) *L.* 26. *D. ad Municipal.*

47) *L.* 4. *D. de Jurisdict. L.* 26. §. 1. *D. ad Municipal.*

48) *L.* 4. §. 4. *D. de damno infecto.*

49) *L.* 1. *L.* 4. §. 3. *D. eodem.*

50) *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municip. Cap. XIII. §. 2. pag. 445. und *Ger.* Noodt de Jurisdict. et Imper. Lib. I. cap. 3.

Honorius[51]) dem Duumvir verbieten, extollere *potestatem fascium* extra metas territorii propriae civitatis, so wird damit nur noch bildlich ihre Amtsgewalt bezeichnet[52]). Es fand auch die zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit nur von den höhern Magistraten gegen die Verächter derselben zu gestattende Pönalklage bey diesen nicht Statt[53]). Nur das Recht Geldstrafen zu erkennen (ius mulctae dicendae)[54]), so wie die pignorum capio[55]) blieb ihnen, und eben so behielten sie das Recht, unter der oben angegebenen Einschränkung Vormünder zu ernennen.

Waren die genannten Municipal-Magistrate, welche zur Ernennung der Vormünder autorisirt waren, abwesend, so mußte die Curie selbst, d. h. der ordo Decurionum die Vormünder bestellen[56]). Hier entschied dann die Majorität. Unsere Constitution gedenkt endlich

3) auch noch des Juridicus Alexandriae. Die Stadt Alexandrien in Aegypten zeichnete sich vor andern

51) *L.* 53. *Cod. de Decurion.* (X. 31.)

52) S. Roth de re municip. Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 21. Not. 150.

53) *L.* 1. *pr. D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 270.

54) *L.* 131. §. 1. *D. de Verbor. Signific. L. un.* §. 1. *et* 2. *D. de via publica, et si quid in ea.* (XLIII. 10.) S. *Jos.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. I. Cap. 4. nr. 32. und Roth cit. libr. §. 20. pag. 92. sq.

55) *L.* 29. §. 7. *D. ad Leg. Aquil.*

56) *L.* 19. *D. h. t.* Paulus *libr. XVI. ad Plautium.* Ubi absunt hi, qui tutores dare possunt, Decuriones iubentur dare tutores: dummodo maior pars conveniat.

Municipalstädten dadurch aus, daß sie keine Duumvirn hatte. Statt ihrer hatte sie ihren eigenen Richter, welcher *Juridicus*, *δικαιοδοτης*, genennt wird. Jedoch hatte dieser eine weit größere Gewalt, als die Duumvirn. Denn er hatte nicht nur die volle legis actio [57]), sondern er konnte auch in allen und jeden Civilsachen, auch den wichtigsten, Recht sprechen, während die Jurisdiction der Duumvirn bis zu einer gewissen Summe beschränkt war [58]). Strabo [59]) schreibt ihm daher maxima in iudiciis potestas zu. Er wurde auch nicht, wie die Duumviri, vom ordo Decurionum gewählt, sondern vom Kaiser selbst gesetzt. Denn Alexandrien hatte Anfangs gar nicht die städtische Verfassung anderer Municipien, sondern stand unter Königen, als K. August den Antonius besiegte, und ganz Aegypten in die Gewalt der Römer kam. August, dem die Alexandriner, als ein neuerungssüchtiges, und zu Unruhen geneigtes Volk, verhaßt waren, erlaubte ihnen daher nicht, sich einen Senat zu ordnen, sondern gab ihnen, weil sie gewohnt waren, unter Königen zu leben, einen sogenannten Juridicus, welcher unter dem Praefectus Augustalis stand [60]). Erst K. Sever

57) *L.* 1. *D. de officio Juridici Alexandr.*

58) S. *Guid.* Pancirolus de magistratib. municipalib. Cap. VIII. pag. 7. sq. und *Jos.* Averanius Interpretation. iuris Lib. I. Cap. 4. nr. 40.

59) *Rerum Geograph. Lib. XVII.*

60) Dio Cassius *Lib. LI. ad ann.* 724. pag. 455. (edit. *Wechel.* 1606.) *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 192. Cod. Th. de Decurionib. Tom. IV. pag. 553. edit. *Ritter.* Campiani de officio et potestate magistratuum Romanor. ad Tit. Pand. de officio iuridici Alexandriae. pag. 449. und *Ant.* Matthaei Commentar. ad §. 5. Inst. de Atil. tut. pag. 451.

gab ihnen das Recht, einen Senat zu wählen, nach der Verfassung der übrigen Städte [61]. Die Decurionen wurden nun selbst von den Kaisern Senatoren genennt [62], und unter diesen waren besonders fünf von den zehen Prinzipalen, woraus der Senat bestand, unter dem Namen der Summaten oder Primaten vor den übrigen auf mancherley Art privilegirt [63]. Kaiser Marcus Aurelius hatte zwar an die Stelle der vier Consularen, denen Hadrian die Regierung Italiens anvertraut hatte [64], auch Juridici gesetzt [65]; sie hießen Juridici Italiae. Allein diese dauerten nur bis auf die Zeiten des Kr. Macrinus, unter welchem sie aufhörten [66]. Alexandrien hingegen behielt seinen Juridicus, welcher auch seit Marc

61) Aelius Spartianus *in Severo. Cap. XVII.* Deinde Alexandrinis *ius buleutarum* dedit, qui sine publico consilio, ita ut sub Regibus ante vivebant, uno iudice contenti, quem Caesar dedisset. *Jus buleutarum* ist hier nichts anders, als ius Senatum habendi. S. Püttmanni Index Latinitatis. Voc. *Buleutes.* adj. *Scriptorib. Hist. Aug.* a se concinn. *Lipsiae* 1774. 8.

62) *L.* 19. *Cod. Theod. de petition.*

63) *L.* 90. *Cod. Theod. de Decurion. L.* 57. *Cod. Iust. eodem.* (X. 31.) *L. un. C. de Alexandriae primatib.* (XI. 28.) *L.* 2. *C. Th. de Quaestion. L.* 39. *C. Th. de Episcop.* S. Gothofredus cit. loc.

64) Aelius Spartianus *in Hadriano.* Cap. 21. und Jul. Capitolinus *in Antonino Pio.* Cap. 2. in fin. S. *Jac.* Gutherius de officiis Domus Augustae. Lib. I. Cap. 6. pag. 24.

65) Julius Capitolinus *in M. Antonino Philos. Cap. XI.*

66) S. *Nic. Hier.* Gundling Digesta. P. I. Lib. I. Tit. 20. §. 3 — 5.

Aurel die Bestellung der Vormünder hatte, jedoch nach unser Constitution nur auf dieselbe eingeschränkte Art, wie die Defensoren und Duumvirn. Aus unserer Constitution ergiebt sich ferner,

4) daß nicht blos die Defensoren der Städte, wie es in den Institutionen nach der gemeinen Lesart zu heißen scheint, sondern auch andere Municipal-Obrigkeiten, wie die Duumvirn, und selbst der Juridicus in Alexandrien an den Rath des Stadtbischofs gebunden seyn sollten [67]), dessen Mangel nur die Zuziehung anderer öffentlicher Personen [68]), wenn deren in der Stadt vorhanden sind, ersetzen soll. Diese magistratus sollen sich denn aber auch

67) Man sehe Walch ad *Hoppii* Commentar. ad §. 5. Inst. de Atil. tut. Not. a. pag. 176. Der Bischof und die Geistlichkeit der Stadt mußte auch bey der Wahl der Defensoren hinzugezogen werden. *L.* 8. *C. de Defensorib. Nov. XV. Epilog.* S. Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 25. pag. 105. Konnte aber nicht der Bischof auch für sich selbst Vormünder ernennen? Ludewig in Diss. differentias iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela exhib. Different. VII. und Not. ee. will es behaupten, und meint, unsere *L.* 30. *C. de episc. aud.* gebe ihm dieses Recht. Allein in der bloßen Zuziehung desselben bey der obrigkeitlichen Bestellung der Vormünder liegt das Recht der Selbsternennung noch nicht. Auch berechtigte ihn dazu die bischöfliche Audienz nicht.

68) Wer diese *personae publicae* seyn sollen, ist nicht weiter bestimmt. Westenberg Div. Marcus Diss. XI. §. 8. pag. 126. versteht darunter tabularii, wegen *L.* 32. *Cod. de Episc. et Cleric.* Eben so *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XIX. nr. 32. sqq. mit Beziehung auf *Nov. XCIV.* in Epilog. wo des clarissimi scribae Erwähnung geschieht. Allein der scriba soll

5) die gehörige Caution von den bestellten Vormündern leisten lassen, wobey sie sowohl auf das Vermögen des Mündels als der Bürgen genaue Rücksicht nehmen

nicht bey der Bestellung des Vormundes, sondern nur bey der Errichtung des Inventars zugezogen werden. Richtiger versteht *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 5. J. de Atil. tut. unter den personae publicae obrigkeitliche Personen, dergleichen es ja, ausser den Defensoren, und Duumvirn, in den Städten mehrere gab. Z. B. die Aedilen, Curatoren, Susceptoren, Syndiken, Irenarchen u. s. w. S. Pancirolus de Magistratibus municipalib. und Roth cit. libr. II. Cap. 3. pag. 86 — 106. Ich bemerke nur noch bey dieser Gelegenheit, daß man die *Quinquennales* gewöhnlich mit den Duumvirn für identisch hält. So sollen die Duumviri geheißen haben in den Städten, in welchen das Duumvirat 5 Jahre, nicht wie gewöhnlich nur ein Jahr gedauert habe. Allein diese Idee ist ganz unrichtig. Sie waren vielmehr in den Municipien, was die Censoren in Rom waren, wie *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municipior. Cap. VIII. §. 4. pag. 385. sqq. *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquitat. Roman. Append. Lib. I. Cap. 5. §. 123. und besonders von Savigny Gesch. des R. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 43. ff. gezeigt haben. Daraus erklärt sich nun auch der Name, weil diese Würde, nach der Analogie der Röm. Censur, alle 5. Jahre erneuert wurde. Cicero *in Verrem Lib. II. Cap.* 56. Diese Quinquennalen sollten gemeinschaftlich mit den Duumvirn die Freyheit der Aerzte und Professoren vor Municipallasten schützen. *L* 1. *Cod. Th. de medicis* (XIII. 3.) Es ist also auch wohl möglich, daß sie in Ermangelung des Stadtbischofs von den Duumvirn bey Bestellung der Vormünder sind beygezogen worden, zumal da es hier auf den Betrag des Vermögens der Pupillen ankam.

sollen, weil die Cautionsleistung auf ihre Gefahr geschieht [69]). Endlich ist noch

6) zu bemerken, was Justinian am Schlusse der Constitution sagt, nämlich, daß in der Residenzstadt Constantinopel dem Prätor allein das Vormundschaftswesen überlassen seyn sollte. Es heißt nämlich nach der Uebersetzung des Contius: *His, quae in magna hac civitate fiunt, tutelis aut curationibus apud solum clarissimum Praetorem faciendis.*

§. 1318.

Deutsches Recht. Competenz der Obrigkeit.

Die deutschen Rechte weichen hier von dem römischen Rechte ganz ab. Nicht nur in den deutschen Reichsgesetzen [70]), sondern schon in den ältern deutschen Rechtsbüchern [71]) wird es den Obrigkeiten zur Pflicht gemacht, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen zu sorgen. Nach deutschen Rechten gehört also die Bestellung der Vormünder zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Jede Obrigkeit, die auch nur die Civilgerichtsbarkeit hat, kann

69) Daher hatte die so genannte actio subsidiaria nur gegen die Municipal-Obrigkeiten Statt. *L.* 1. *D. de magistrat. conveniend.*

70) Reichspolizey-Ordnung v. J. 1548. Tit. XXXI. §. 1 — 3. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1 — 3.

71) S. *Jo.* Schilter Prax. Jur. Rom. Exercitat. XXXVII. §. 62. sqq. *Christ.* Thomasius Notae ad Institution. Justin. Lib. I. Tit. 20. §. 1. und besonders Heineccius in Diss. de suprema Principum Magistratuumque tutela. §. 9. — 12. (in *Opusculor. varior. Sylloge* pag. 711. sqq.)

demnach Vormünder ernennen [72]), sofern nicht etwa in einem Lande eigene Behörden errichtet worden sind, die sich blos allein mit dem Vormundschaftswesen beschäftigen sollen, welche man denn Pupillen-Collegien, Waisengerichte, Vormundschaftsämter, oder Oberpflegämter zu nennen pflegt [73]). Die Ausübung dieser Ober-Vormundschaft macht einen Theil der freywilligen Gerichtsbarkeit aus [74]). Die Obrigkeit muß jedoch in Rücksicht des Pupillen competent seyn. Competent ist aber derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit der Pupill entweder für seine Person, oder in Rücksicht seiner Güter unterworfen ist [75]). Dieß ist der Vorschrift gemäß, welche uns der

72) *Jo. Pet.* Ludewig Diss. differentias iuris Rom. et German. in Atiliana tutela expon. *Halae* 1713. Diff. VI. Not. cc. Freyh. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 31. ff. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 623. S. 140. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 603. Höpfner Comment. über die Heinecc. Institutionen. §. 201. Mittermaier Grds. des gem. deutsch. Privatrechts. §. 370.

73) S. Ludewig Diss. cit. Different. IV. Not. dd. und Mittermaier a. a. O. Not. 2.

74) Müller ad *Struvii* Synt. iuris civ. Tom. II. Exercit. XXXI. Th. 29. Not. β. Nr. IV. und Pufendorf Obs. iur. univ. Tom. II. Obs. 95. §. 1. rechnen die tutoris datio ganz begriffswidrig zur iurisdictio contentiosa.

75) S. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curat. Cap. XX. *Scip.* Gentilis de iurisdictione Lib. I. ad Orationem Divi Marci. Cap. 3. pag. 159. sqq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. Danz Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. B. VII. §. 623. S. 140. Nr. 3. von Wening-

Kaiser Antoninus giebt, wenn er in der *L. un. C. Ubi petantur tutores vel curatores* 76) (V. 32.) folgendermassen rescribirt.

Magistratus eius civitatis, *unde filii tui originem per conditionem patris* ducunt, vel *ubi eorum sunt facultates*, tutores vel curatores his quam primum secundum normam perpetuam dare curabunt.

Für seine Person ist nun aber der zu bevormundende Pupill derjenigen Obrigkeit unterworfen, unter welcher desselben Vater bey seinem Ableben seinen persönlichen Gerichtsstand hatte, es sey entweder ein forum commune, d. h. ein durch den väterlichen Wohnort begründeter, oder ein privilegirter Gerichtsstand. Dieß ist das *forum originis*, welches, wie der Kr. Antonin sagt, die Kinder per conditionem patris erhalten. Hat der Vater an mehreren Orten einen Wohnsitz gehabt, so tritt Prävention ein 77). Auf den gegenwärtigen blos vorübergehenden Aufenthalt des Mündels 78) kommt es so wenig, als auf die Religion desselben an. Auch für unmündige Judenkinder werden daher die Vormünder von der ordentlichen Obrig-

Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 3. B. IV. Buch. §. 155. Weber's Erläuterung der Pand. 2. Th. §. 1318.

76) Man sehe über dieses Gesetz *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. T. I. pag. 459. sqq.

77) S. *Mich. Godof.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 445. sq. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. § 506.

78) *Ge.* Frantzke Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. XVI. nr. 21 — 27. Voet h. t. §. 2. in fin. von Wening-Ingenheim a. a. O.

keit des Orts bestellt, und der Rabbiner hat kein Recht dazu. Denn wenn gleich den Juden gestattet ist, in ihren bürgerlichen Rechtssachen, da, wo ihre Religion einschlägt, die Entscheidung ihrem Rabbiner zu überlassen; so findet doch dieß in Vormundschaftssachen nicht Statt, weil die Religion der Juden hierauf keinen Einfluß hat [79]. Hat der Richter, dem der Pupill für seine Person unterworfen ist, einen Tutor ernannt, so ist er dieses in Ansehung des ganzen Vermögens des Mündels, wenn auch die Güter ausser den Gränzen des Gerichtsbezirks der vormundschaftlichen Behörde gelegen seyn sollten [80]. Jedoch kann auch der auswärtige Richter für die in seinem Gerichtssprengel gelegenen Güter einen besondern Vormund bestellen, was ihm sogar in dem Falle obliegt, wenn sich der in foro domicilii bestellte Vormund wegen der Entlegenheit, wie er auch kann, excusirt [81]. Ausser diesen Fall hat der Richter des Wohnorts den Vorzug [82], und hatte der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand, so geht dieser, wie unser Hellfeld behauptet, vor [83]. Sollte keiner dieser Gerichtsstände eintreten, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill gerade zu der Zeit aufhält [84].

79) S. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XXIX. S. 182 — 203.

80) §. 17. *J. de Excusation.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 4.

81) *L.* 27. *pr. D. h. t. L.* 19. *L.* 21. §. 2. *D. de Excusat.* S. Finestres Hermogenian. pag. 552. sq.

82) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5.

83) Man s. auch Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. und Thibaut a. a. O.

84) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

Da uneheliche Kinder dem Stande der Mutter folgen[85]), so bestimmt der persönliche Gerichtsstand der letztern die Competenz der Vormundschaftsbehörde in Ansehung der Kinder. Nach diesem persönlichen Gerichtsstande, welchen die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte, richtet sich auch das forum originis bey unehelichen Kindern[86]).

Bey **ausgesetzten**, oder **Findelkindern**, deren Aeltern unbekannt sind, kommt dem Untergerichte des Orts, wo sie gefunden worden, die Bevormundung zu. Denn dieser Ort wird als ihr Geburtsort angesehen, und begründet das forum originis derselben[87]).

§. 1318. a.

Pflichten des Richters bey Bestellung des Vormundes.

Der Richter hat nun, sobald er erfährt, daß unmündige Kinder da sind, die eines Vormunds bedürfen, dafür zu sorgen, daß ihnen ein Vormund bestellt werde. Eine Aufforderung von Seiten des Oberrichters ist dazu nicht erforderlich, weil die Gesetze selbst den Richter dazu auffordern[88]). Zu dem Ende dürfen dem Richter die Anzeigen der Verstorbenen seines Orts in den öffentlichen Blättern nicht gleichgültig seyn. Auch die Geistlichkeit des Orts muß dem Richter dabey zur Hand gehen[89]). Fällt

85) *L.* 19. *L.* 24. *D. de statu hom.*

86) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 511. S. 262.

87) S. den Commentar a. a. O.

88) Reichs-Pol. Ordnung v. J. 1577. Tit. 32. §. 1.

89) S. *Theod.* Hartmann Exercit. acad. de cautelis tutelarum, praes. *Ge. Sam.* Madihn def. *Francof. ad Viadrum* 1773. 4. §. VI. und Preuß. Land R. 2. Th. 18. Tit. §. 93.

ihm bey der Bevormundung eine Säumniß zur Last, so ist er für den daraus den Unmündigen erwachsenen Schaden verantwortlich[90]). Ist ein testamentarischer, oder gesetzlicher Vormund vorhanden, so muß er ihn nach vorgängiger Untersuchung bestätigen. Fehlt es aber an einer andern Vormundschaft, so hat er selbst den Vormund zu wählen. Bey dieser Wahl hat nun der Richter zuförderst darauf zu sehen, ob die zu Bevormundenden seiner Jurisdiction wirklich unterworfen sind[91]). Hiernächst liegt ihm ob, die Tüchtigkeit des Vormunds zu prüfen[92]). Er darf daher keinen wählen, den die Gesetze[93]), oder den die Aeltern des Mündels verworfen haben[94]). Bey der Prüfung der Tüchtigkeit hat er mehr auf Rechtschaffenheit, guten Ruf, und Geschicklichkeit, als auf Stand und Vermögen der Person zu sehen[95]). Der Richter sey überdem auf gehörige Sicherheitsbestellung des Vormundes bedacht[96]), und säume nicht ein Inventar über das dem Vormunde anzuvertrauende Vermögen des Mündels herstellen

90) *L.* 1. §. 6. *D. de Magistrat. conven.* verbunden mit §. 5. *J. de Atil. tut.*

91) S. Hartmann Diss. cit. §. VII.

92) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Th. IV. B. §. 156.

93) S. §. 1300. und 1301.

94) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.*

95) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* S. *Ant.* Augustinus ad *Modestinum* de Excusat. ad h. L. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1562.) Hartmann cit. Exercitat. §. VIII.

96) Reichs-Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 32. §. 3. Mittermaier angeführte Grunds. §. 370. Hartmann cit. Diss. §. IX.

zu lassen[97]. Er belehre den Vormund von seinen Pflichten, und lasse ihn die treue Erfüllung derselben durch Eid oder Handschlag versprechen, je nachdem es die Gesetze vorschreiben[98].

§. 1319.

Welche kann die Obrigkeit zu Vormündern ernennen? wie muß die Ernennung geschehen?

Die Obrigkeit darf aber nur solche Personen zu Vormündern bestellen, welche ihrer Jurisdiction unterworfen sind[99]. Sollte es jedoch unter seinen Gerichtsunterthar

97) HARTMANN cit. Exercit. §. XIII. et XIV. Mittermaier a. a. O.

98) HARTMANN. §. XI. et XII.

99) *L.* 1. §. *ult. L.* 3. *D. h. t.* besonders *L.* 5. *Cod. Qui dare tutor. vel curator. poss.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren: Neque a Praeside alterius provinciae, neque a Magistratibus municipalibus tutorem ortum ex alia civitate, nec domicilium, ubi nominatur, habentem, iure dari posse ab eo, cuius iurisdictioni subiectus non est, certissimi iuris est. Zwar sagt Ulpian *L.* 10. *D. de tutelis*: Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur. Allein dieß ist kein Widerspruch. Denn es ist hier von einem bloßen *incola* die Rede, welcher zwar in einer Stadt sein Domicilium hat, aber doch nicht civis derselben ist. *L.* 239. §. 2. *D. de Verb. Signif. L.* 1. *C. de incolis.* (X. 39.) Ein solcher incola war aber der nämlichen Jurisdiction unterworfen, unter welcher der municeps stand. *L.* 29. *D. ad Municipalem.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. GENTILIS de iurisdict. Lib. I. ad Orationem D. Marci. Cap. 3. pag. 161. sq. und WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XI.

nen an tauglichen Subjecten fehlen, so ist der benachbarte Richter zu requiriren [100]), oder das Obergericht anzugehen [1]). Viele behaupten auch, daß ein fremder Gerichtsunterthan zum Vormund bestellt werden könne, wenn dieser damit zufrieden ist, und sich dem Gerichte in Rücksicht der Vormundschaft unterwirft [2]). In diesem Falle muß er denn auch dieses Gericht als Vormund aner-

§. 10. Wer weder als civis, noch incola dem Richter unterworfen war, konnte von demselben wider seinen Willen zum Vormund nicht ernannt werden. *L.* 13. *in fin. D. de Excusat.*

100) *L.* 24. *D. h. t.* Paulus *Lib. IX. Responsor.* Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratuum, *inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque*, et nomina Praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare. Von einem solchen Falle erklärt *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 26. §. 2. pag. 557. die in der vorigen Note angeführte *L.* 10. *D. de tutel.* Denn der *non municeps* ist ihm ein municeps alterius civitatis. Diesen konnte der Präses, dessen Imperium sich über alle Städte der Provinz erstreckte, zur Uebernehmung der Tutel nöthigen. Man sehe noch *L.* 1. §. 10. *D. de magistrat. conveniend.* und vergleiche über diese Gesetzstellen, welche zwar von verschiedenen Juristen, (denn die letztere ist von Ulpian) aber gleichen Inhalts sind, Westenberg c. l. §. XIII.

1) S. von Wening-Ingenheim angef. Lehrbuch 3. B. IV. Buch. §. 156.

2) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 13. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 737. (der dritt. Aufl.)

kennen, und kann auch auf Ansuchen desselben zur Erfüllung seiner Pflichten von seiner Gerichtsobrigkeit angehalten werden. Eine solche Prorogation der Gerichtsbarkeit ist den Gesetzen nicht zuwider [3]. Daß der Richter selbst sich nicht zum Vormund bestellen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Ulpian [4]) sagt dieses mit ausdrücklichen Worten. Ob aber nicht das Gericht, wenn es ein Collegium bildet, ein Mitglied desselben zum Vormund ernennen könne, ist eine Rechtsfrage, worüber gestritten wird. Cujaz [5]) findet kein Bedenken, sie zu bejahen. Für diese Meinung sprechen auch deutliche Gesetze. Paulus sagt *libro XVI. ad Plautium* [6]) ausdrücklich: Magistratus municipalis collegam suum quin dare tutorem possit, non est dubium; und an einem andern Orte *libro X. Responsorum* [7]) heißt es: Decreto decurionum et ipsum magistratum curatorem dari potuisse respondi. Dieß behaupten auch die meisten, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [8]). Nur Scipio Gen-

3) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. XI. und besonders *Car. Gottl.* Fürbringer Diss. de tutore alienae iurisdictionis, praeside *Jo. Frid.* Hertel hab. *Jenae* 1739. Sect. V. §. 36 — 38.

4) *L. 4. D. de officio Praetor. L. 5. D. de off. Praesid. L. 4. D. h. t.* Ulpian. *libro IX. ad L. Jul. et Papiam.* Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex.

5) Observation. Lib. VII. Cap. 17.

6) *L. 19. D. h. t.*

7) *L. 3. D. Qui petant tutor. vel curator.*

8) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Malblanc Princip. iuris. Rom. P. II. Sect. post. §. 662. Hufeland Lehr-

tilis[9]) ist anderer Meinung. Seine Gründe sind, weil der Magistrat über seine Collegen keine Gerichtsbarkeit habe. Dicendum est, lehrt Ulpian *libro IV. Fideicommissorum*[10]), Praetorem in Praetorem, vel Consulem in Consulem nullum imperium habere. Vergeblich sey also die Bestellung eines Vormundes, über den das Gericht keine Gewalt hat, und der ihm zu gehorchen nicht schuldig ist. Ueberdem könne auch eine Magistratsperson bey ihrem Collegen nicht manumittiren[11]); und daß eine Municipalobrigkeit ihren Collegen zum Vormund habe ernennen können, habe seinen Grund darin, weil dieses nicht ohne den iussus des Präses der Provinz habe geschehen können. Es sey also eben so gut, als ob der Präses selbst den Vormund ernannt habe. Dieser Grund passe nicht auf jede andere Obrigkeit. Allein alle diese Gründe vermögen nicht, die Meinung des Cujaz zu widerlegen. Es wird ja hier vorausgesetzt, daß der College die Vormundschaft übernehmen wolle. Denn zur Uebernehmung kann er freylich nicht gezwungen werden. Daher sagt selbst Ulpian in eben der Stelle, auf welche sich Gentilis beruft: sed si iurisdictioni se subiiciant, solet Praetor in eos ius dicere. Indem er sich nun von dem Gericht, dessen College er ist, zum Vormund hat bestellen lassen, so hat er sich auch hierdurch der

buch des Civilrechts. 2. B. §. 1611. Not. e. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 156.

9) De iurisdictione. Lib. I. ad Oration. D. Marci Cap. 3. pag. 163. sq.

10) *L.* 13. § *ult. D. ad SCtum Trebellian.*

11) *L.* 14. *D. de manumiss.* (XL. 1.)

Gerichtsbarkeit desselben unterworfen [12]). Er ist folglich in allen auf die übernommene Vormundschaft sich beziehenden Geschäften und Angelegenheiten nicht mehr als College zu betrachten, sondern, wie jeder andere Bürger, dem vormundschaftlichen Gerichte unterworfen. Daß nach dem röm. Rechte eine Magistratsperson bey ihrem Collegen nicht manumittiren konnte, steht uns nicht entgegen, weil der Magistrat, welcher die legis actio hatte, vor sich selbst manumittiren konnte [13]).

Die obrigkeitliche Ernennung des Vormunds muß nun auch auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art geschehen, also 1) nach vorgängiger Untersuchung [14]). Worin diese Untersuchung besteht, darüber belehrt uns Theophilus in seiner griechischen Paraphrase [15]). Die Obrigkeit soll nämlich untersuchen a) ob die zukünftigen Tutoren wohlhabend sind; (*εἰ εὔποροί εἰσιν οἱ ἐσόμενοι ἐπίτροποι;* b) ob sie ein ehrbares Leben führen; (*εἰ χρηστὸν ἔχουσι βίον* [16]) und c) ob sie im Stande sind, ein frem-

12) *L.* 14. *D. de iurisdict.* Ulpian. *lib.* 39. *ad Edict.* Est receptum, eoque iure utimur, ut si quis maior vel aequalis subiiciat se iurisdictioni alterius: possit ei et adversus eum ius dici. S. *Osius* Aurelius de variantib. Cujacii interpretationib. Dispunct. V. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. III. pag. 706.)

13) *L.* 5. *D. de manumiss. vind.*

14) *L.* 21. §. 2. 5. *et* 6. *D. h. t. L* 7. §. 1. *D. de confirmando tut.*

15) Lib. I. Tit. 20. §. 5.

16) Daß es beym Vormund auf Rechtschaffenheit und guten Lebenswandel mehr, als auf Stand und Vermögen ankomme, lehrt auch Modestin *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* welche Stelle schon an einem andern Orte, nämlich

des Vermögen zu verwalten; (ἢ δυνάμενοι διοικεῖν ἀλλοτρίαν περιουσίαν). Diese Untersuchung ward jedoch bey den Römern nur von den magistratus maiores erfordert, die magistratus minores, oder municipales musten sich Satisdation bestellen lassen, weil eine solche inquisitio, welche statt der Satisdation dient, nach dem römischen Rechte mehr zum imperium, als zur Jurisdiction gehört[17]). Ea vero, *quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis*, magistratus municipalis facere non potest[18]). Dieser Unterschied fällt

§. 1311. S. 282. erklärt, und gezeigt worden ist, daß der vom Modestin gebrauchte griechische Ausdruck ἀγαθὴ προαίρεσις durch *bona electio* schlecht übersetzt sey; es heißt vielmehr der Wille oder Vorsatz recht zu thun, wie *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 25. §. 4. pag. 555. aus einer Stelle des Aristoteles bewiesen hat.

17) Huber cit. libro. Cap. 26. §. 1. pag. 556. sagt, die Satisdation scheine als etwas Schimpfliches angesehen worden zu seyn, 1) für den Vormund, weil sie einen Verdacht habe beseitigen sollen, Ulpian *L.* 17. *in fin. D. de testam. tut.* gebrauche daher den Ausdruck: *contumeliam satisdationis subire.* Eine solche von dem Vormund zu fordern, habe auch daher 2) unter der Würde des Prätors oder des Präses der Provinz zu seyn geschienen. Allein er giebt doch noch einen andern Grund an, nämlich daß es die Obergerichte bey der Untersuchung, so wie auch noch h. z. T. genauer zu nehmen pflegten, als die Untergerichte. Vielleicht deutet darauf Justinian hin, wenn er *Pr. J. de Satisdatione* sagt: Ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur: *quia idonei electi sunt.*

18) *L.* 26. pr. *D. Ad municipal.*

h. z. T. weg. 2) Die Bestellung darf auch nicht unter einer Bedingung, noch mit Beyfügung einer Zeitbestimmung, geschehen. Ulpian sagt *libro XXXVIII. ad Sabinum*[19]*:* Sub conditione a Praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet, et si datus sit, nullius esse momenti dationem: et ita Pomponius ait. Hanc autem adiectionem, quam Praesides provinciarum faciunt, *tutorem do, si satisdederit,* non conditionem in se habere, sed admonitionem: non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit, hoc est, non aliter ei gerere permittendum, quam si rem pupillo salvam fore caverit. Und Papinian[20]) rechnet die *datio tutoris* unter die actus legitimi, qui neque recipiunt diem neque conditionem. Heutzutage läßt sich jedoch der Grund, warum ein Vormund von der Obrigkeit nicht unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung bestellt werden dürfe, wohl nicht mehr aus der Feyerlichkeit der Handlung herleiten, sondern die Ursache liegt vielmehr in dem Wesen derselben, weil öftere Veränderungen mit der Person des Vormunds für den Pupillen nachtheilig sind, und daher so viel möglich vermieden werden müssen[21]). Die Ernennung des Vormunds muß daher auf eine solche Art geschehen, daß er sein Amt behalten kann, und muß, bis die Vormundschaft in der Person des Pupillen geendigt ist. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen

19) *L. 6. §. 1. D. de tutelis.*

20) *L. 77. D. de Reg. iuris.*

21) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 200.

ist [22]). Z. B. wenn ein testamentarischer Vormund unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung ernannt worden, und die Bedingung noch nicht eingetreten, oder die Zeit noch nicht erschienen ist [23]). Hier wird bis dahin ein Vormund von der Obrigkeit bestellt [24]). Mehrere Beyspiele sind schon oben vorgekommen.

§. 1320.

Wie wenn die Gerichtsbarkeit unter zwey Gerichten streitig ist?

Ist die Gerichtsbarkeit über den Pupillen zwischen zwey Gerichten streitig; so kommt es darauf an, welches von beyden im Besitz ist, d. h. vor dem erhobenen Streit die jünste gerichtliche Handlung über den Pupillen, oder desselben Vater ausgeübt hat. Dieses bestellt den Vormund, und die von demselben geschehene Vormundschaftsbestellung ist und bleibt gültig, wenn auch das andere Gericht nachher obgesiegt hätte [25]). Sollte der Besitz selbst streitig seyn, so ernennt das Obergericht den Vormund.

§. 1321.

Competente Behörden bey Bestellung der Curatoren. Cura minorum.

So wichtig auch nach dem Römischen Rechte der Unterschied zwischen **Tutel** und **Cura**, zwischen **Tutoren**

22) S. von Wening-Ingenheim a. a. O. §. 156.

23) §. 1. *J. h. t.*

24) *L.* 11. *pr. D. de testam. tut.*

25) *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 1. et 2. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pandectas. P. II. h. t. §. 4. pag. 446. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 34.

und Curatoren ist, wie schon an einem andern Orte [26]) gezeigt worden; so hat man doch auch bey den Curatoren, hinsichtlich der zur Bestellung derselben competenten obrigkeitlichen Behörden, ganz dieselben Grundsätze angenommen [27]), welche in den vorigen §. §. bey der Tutel vorgetragen worden sind. Es beweist dieses nicht nur die Rubrik unsers Titels, sondern Justinian lehrt dieses auch ausdrücklich in seinen Institutionen [28]). Hier heißt es: Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Bey den Römern gab es nämlich nur eigentlich zweyerley Arten der Curatoren; solche, welche schon durch die XII Tafeln berufen waren, und solche, welche von der Obrigkeit bestellt wurden. Ulpian [29]) sagt: Curatores aut *legitimi* sunt, id est, qui ex lege duodecim tabularum dantur: aut *honorarii*, id est, qui a Praetore constituuntur. Unmittelbar durch Testament bestellte Curatoren (testamentarii) gab es nicht [30]). Denn die Gesetze der XII Tafeln reden blos von einer testamentarischen Tutel. So lange nun bey den Mannspersonen, (denn Frauenspersonen standen ohnehin unter einer beständigen Vormundschaft) die Jahre der Pubertät noch durch kein Gesetz bestimmt waren, bestimmten die Väter selbst in ihrem Testamente, nach dem Geist und

26) S. §. 1298. a.

27) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 236.

28) §. 1. *J. de Curator.* (I. 23.)

29) *Fragm. Tit. XII.* §. 1.

30) S. *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta. Tit. XII. §. 3. pag. 65. besonders *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. Cap. 6. und *Jo. Th.* Seger brevis curarum historia. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 112.)

Gesinnungen ihrer Söhne, wie lange sie den Vormund, der im Testament ihnen war gegeben worden, behalten sollten [31]), und überließen sie dann nach geendigter Tutel ihrer eignen Leitung. Dieß konnte auch Anfangs ohne Bedenken geschehen. Denn gewöhnlich erstreckte sich die Tutel bis dahin, da die Söhne für fähig gehalten wurden, in Kriegsdienste zu treten. Zur Uebernehmung derselben konnte aber jeder junge Römer genöthigt werden [32]). Wozu nun noch ein Curator, da sie unter der viel strengern Aufsicht ihrer Kriegsobern standen? Von dieser Zeitperiode der Römer spricht Sallust [33]), wenn er erzählt: *Jam primum juventus simul ac belli patiens erat, in castris per laborem usu militiam discebat: magisque in decoris armis, et militaribus equis, quam in scortis atque conviviis libidinem habebat.* Wie nun in der Folge durch die Aenderung der Zeiten und Sitten die cura minorum war herbeygeführt worden; so geschahe es, daß auch Väter anfingen, ihren Söhnen einen Curator im Testamente zu bestellen. Soweit erstreckte sich aber doch die väterliche Gewalt nicht. Denn die Curatel wird nur hauptsächlich für das Vermögen, und zur Besorgung der darauf sich beziehenden Geschäfte angeordnet, darüber konnte aber der Vater in seinem Testamente nicht verfügen,

31) S. §. 1298. a. S. 32. f.

32) *Flav.* Vegetius *de re militari.* Lib. I. cap. 4. Nunc qua aetate milites legi conveniat, exploremus. *Et quidem, si antiqua consuetudo servanda est, incipientem pubertatem ad delectum cogendam nullus ignorat.*

33) *Bellum Catilinar.* Cap. 7. Man vergleiche vorzüglich *Franc. Phil.* Breitsprecher Diss. histor. iurid. de origine curationis minorum ac progressu usque ad tempora Justiniani. *Gryphiae* 1764. § 3.

wenn die Kinder bereits die Mündigkeit erreicht hatten. Die Kaiser Diocletian und Maximian [34]) bemerken daher als Etwas, worüber gar kein Zweifel obwalte: Curatorem *inutiliter* in testamento dari; weil keinem Minderjährigen ein Curator wider seinen Willen aufgedrungen werden konnte [35]), auch nicht vom Vater. Hat daher der Vater seinen mündigen Kindern einen Curator im Testament bestellt, und die Kinder verlangen ihn; so muß er von der competenten Obrigkeit bestätiget werden. So lehrt Justinian [36]) in seinen Institutionen, wo er sagt: Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto Praetoris vel Praesidis. Soviel nun die cura legitima betrifft, so ist zwar im Allgemeinen gewiß, daß die XII Tafeln einen furiosus, so wie auch einen prodigus, cui bonis interdictum est, nach einer schon vorher längst bekannten Sitte, unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gesetzt haben [37]). Sie setzen aber voraus, 1) daß Agnaten vorhanden sind, daher konnten nur Freygebohrne, nicht Freygelassene, legitimi curatores haben; 2) daß die legitimi curatores fähig sind, und 3) daß der prodigus, bey dem dieses Ulpian [38])

34) *L. 7. in fin. Cod. de testam. tut.* (V. 28.)

35) §. 2. *J. de curator.*

36) §. 1. *in fin. J. eodem.*

37) Cicero *Tusculan. Quaestion. Lib. III. cap. 5.* Idem *de Republica Lib. III. cap. 33.* Ulpianus *Fragm. Tit. XII.* §. 2. *L. 1. D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.* (XXVII. 10.) §. 3. *J. de curator.* S. Dirksen Kritik u. Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

38) *Fragm. Tit. XII.* §. 3. S. Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 122. Z. 24. und Seger cit. Curarum. historia. §. 3 — 5. (in *Opuscul.* pag. 112 — 115.)

zwar nur allein ausdrücklich angegeben hat, welches aber wohl auch beym furiosus galt, seinen Vater ohne Testament beerbt hatte. Von dieser Curatel wird erst Lib. XXVII. Tit. 10. gehandelt werden. In solchen Fällen nun, wo es an einem legitimus curator fehlte, oder der legitimus curator unfähig war, bestellte die competente Obrigkeit den Curator nach vorgängiger Untersuchung. Diese war in Rom der Praefectus urbi, oder der Praetor, in den Provinzen aber der Praeses, oder Proconsul. Justinian[39]) sagt:

Sed solent Romae *Praefectus urbi*, vel *Praetor*, et in provinciis *Praesides* ex inquisitione eis curatores dare.

Eben so Ulpian *libro VIII. de omnibus tribunalibus*[40]). Furioso et furiosae, et muto et surdo, tutor vel curator a *Praetore* vel *Praeside* dari poterit.

Ebenderselbe *libro III. de officio Proconsulis.*

His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem *Proconsulem* oportebit.

Und Paulus sagt das Nämliche *libro I. de officio Proconsulis*[42]):

Sed et aliis dabit *Proconsul* curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit.

39) §. 3. *in fin. D de Curator.*

40) *L.* 8. *§. ult. D. h t.*

41) *L.* 12. *pr. D. eodem.*

42) *L.* 2. *D. de curatorib. furioso et aliis dand.*

Nach diesen Gesetzen konnten also die darin benannten obrigkeitlichen Behörden nicht blos den furiosis und erklärten prodigis, sondern auch jedem Andern, bey dem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hätte, die ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er auch gleich schon über 25 Jahre alt war, einen Curator geben. Ob aber dieselben Gesetze, welche bey der Bestellung der Tutoren für Unmündige die obrigkeitliche Competenz bestimmten, auch von Curatoren der Rasenden und erklärten Verschwender gehandelt haben, ist wohl in Ansehung der früheren Gesetze zu bezweifeln[43]. Diese reden, so weit wir sie noch jetzt kennen, blos von Tutelen. Es scheint also mehr einer Sitte, als einer Lex, anzugehören, wenn diejenigen Magisträte, welchen die Gesetze die Befugniß gegeben haben, den Unmündigen Tutoren zu bestellen, diese Competenz auch auf die Ernennung der Curatoren erstreckten. Daher spricht Gajus[44]) von Curatoren, ad quos non e Lege curatio pertinet, sed qui vel a *Consule*, vel a *Praetore*, vel a *Praeside provinciae* dantur. Erst die oben bey den Tutelen angeführten neuern Gesetze des Theodos und Justinian handeln sowohl von Tutoren als Curatoren. Bey der cura furiosi nennt Justinian in einer neuern Verordnung[45]) nur den Praefectus urbi in Rom, und den Praeses mit dem Bischof und drey Primaten in den Provinzen. In Absicht auf das Verfahren des Praefectus urbi in Rom unterscheidet Er,

43) S. Marche Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia §. IX. Not. g.

44) *Institut. commentar. I.* §. 200.

45) *L. 7. §. 6. Cod. de curat. furiosi.* (V. 70.)

ob der zu Bevormundende eine persona nobilis [46]) ist, oder nicht. Im ersten Falle soll die Ernennung des Vormunds, und die Untersuchung seiner Tüchtigkeit in der Versammlung des Senats geschehen, in dem andern Falle aber von dem Praefectus urbi allein vorgenommen werden können. In den Provinzen aber soll der Präses mit dem Bischof des Orts, und drey Primaten [47]) den Curator ernennen.

Zur cura furiosorum und prodigorum, als der ältesten Art der Curatel, welche wir kennen, die theils legitima, theils dativa oder honoraria war, kam nachher, und zwar noch in den Zeiten des Röm. Freystaats, hinzu die cura minorum, welche blos dativ ist. Sie ist durch die Lex Plaetoria eingeführt worden. Gewöhnlich wird dieses Gesetz Lex Laetoria [48]) genennt, und

46) In den *Basilic.* Tom. V. pag. 167. wird diese persona nobilis durch *συγκλητικοῦ υἱὸς*, *Senatoris filius* erklärt.

47) *Primates* wurden in den Municipalstädten die zehen ersten und vornehmsten der Curie genennt. Sie hießen daher *Decemprimi curiales*, auch *Principales*, *Summates*, *Seniores*, *πρωτοστάται*, *πρωτοπολῖται*. Ammianus Marcellinus *Lib. XXVIII. cap.* 6. nennt sie *Primates Ordinis sui.* Man s. *Jac.* Gothofredus Paratitlon ad Tit 1. Lib. XII. Cod. Theod. de Decurionib. (Tom. IV. pag. 356. edit. *Ritter.*) *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. V. §. 4. pag. 149. sqq. und *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 10. pag. 71. sq.

48) *Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Legem. Laetoriam. *Lipsiae* 1749. 4. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqu.* Tom. II. pag. 593 — 623.) *Guil. de* Hertoghe Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans sub. praesid. *Christ.* Wildvogel *Jenae* 1720. hab. (in *Opu-*

unter diesem Namen wird es zweymal von Cicero [49], ferner von Sueton [50], auch Julius Capitolinus [51]) angeführt, und noch Kaiser Constantin I. [52]) nennt die anni *Laetoriae* legis, statt schlechtweg zu sagen, die Jahre unter fünf und zwanzig. Allein der ächte Name dieses Volksschlusses ist nun durch die Tafel von Heraclea ausser Zweifel gesetzt, in welcher es heißt: queive *lege* PLAETORIA ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus est [53]). Wie häufig die Namen LAETORIUS und PLAETORIUS mit einander verwechselt worden sind, beweisen viele Stellen der lateinischen Classiker [54]). Selbst die Lesart bey Cicero ist schwankend. Denn mehrere alte Handschriften lesen *Pletoria*, oder *Plaetoria*. Man kann es

scul. a Jo. WUNDERLICH *collect. Hamburgi* 1768. 8. pag. 3 — 24. *Lud. Jul. Frid.* HOEPFNER Progr. de Lege Laetoria et cura minorum. *Giessae* 1778. 4. *Jo. Aug.* ERNESTI Clav. Ciceron. Ind. Legum v. *Laetoria.* Man sehe auch *Car.* FEA Vindiciar. et Observation. iuris Cap. 6. pag. 122 — 150.

49) *De Officiis.* Lib. III. cap. 8. und *de natura Deorum.* Lib. III. cap. 30.

50) *Praetorum Lib. IV.* bey PRISCIANUS Lib. VIII. p. 794. edit. *Putsch.*

51) *In vita Marci Aurelii.* Cap. 10.

52) *L.* 2. *Cod. Theod. de Donation.* (VIII. 12.)

53) S. Hugo civilist. Magazin. 3. B. S. 376. und *Gust. Theod. Lud.* MAREZOLL Fragmentum Legis Romanae in aversa Tabulae Heracleensis parte illustr. (*Goetting.* 1816. 8.) pag. 139. sq.

54) LIVIUS *Lib. II. c.* 27. VALERIUS MAXIMUS *Lib. IX. Cap.* 3. *nr.* 6. LIVIUS *XXXIV.* 45. HIRTIUS *de bello Africano.* cap. 98.

daher einem Anton Augustin, Paul Manutius, Joh. Ge. Gräve, Isaac Verburg, Jo. Aug. Ernesti, einem Schütz, einem Heusinger und andern trefflichen Editoren des Cicero eben nicht so sehr verargen, wenn sie der gemeinen Lesart huldigten, ja die Lesart Plaetoria, als die unrichtige, verwarfen; da es vor Entdeckung der Urkunde von Heraclea fast nur ein blindes Rathen war, welchen von beyden Namen man vorziehen sollte, obwohl nun freylich in den neuesten Ausgaben von Cicero de officiis, und de natura Deorum die richtigere Lesart ist angenommen worden[55]). Die gens Plaetoria ist auch auf Münzen und Marmor bey Gruter und Muratori hinlänglich beurkundet[56]), und was noch insonderheit für die richtigere Lesart spricht, ist, nach der sehr scharfsinnigen Bemerkung des gefeierten Hugo[57]), daß die ersten Sylben sonst in der Sprache weniger geläufig waren, als laetor. Wenn das Gesetz gegeben worden, ist ungewiß. Gewöhnlich hält man den Volkstribun M. Lätorius Plancianus für den Urheber, und setzt es ins Jahr der St. Rom 490. Allein diese Meinung beruht auf keiner sichern fides antiquitatis. Von dem Alter der Lex Plaetoria läßt sich nur so viel mit Ge-

55) Man vergleiche die trefflichen Ausgaben von Carl Beier de officiis. Tom. II. (*Lipsiae* 1821.) pag. 290. und von Heindorf de natura Deorum. Auch in der neuesten Ausgabe Billerbecks von Cicero de Officiis, Hannover 1827. 8. steht *Plaetoria*, mit Beziehung auf Beier, der die Urkunde von Heraclea zum Beweis anführt.

56) S. *Fulv.* Ursinus de Familiis Rom. Gens Plaetoria. (in Graevii *Thes. Antiquitat. Rom.* Tom. VII. p. 1298.)

57) Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 294. der 8. Aufl.

wißheit sagen, daß sie vor dem Jahre 570 müsse gegeben worden seyn. Denn in diesem Jahre starb Plautus nach Cicero's Nachricht [58]) unter den Consuln P. Claudius Pulcher und L. Porcius Licinus [59]), welcher diesen Volksschluß lex quinavicennaria nennt [60]). Die lex Plaetoria nahm nun vorzüglich die Minderjährigkeit in Schutz, für welche diese lex ein Alter von fünf und zwanzig Jahren bestimmt hatte [61]). Sie bestrafte denjenigen, welcher einen Minderjährigen im Handel und Verkehr übervortheilt hatte, indem sie ihn einer öffentlichen Anklage unterwarf, die mit einer Infamie verbunden war [62]). Dieß ist die circumscriptio adolescentium *lege Plaetoria* vindicata, von welcher Cicero [63]) spricht. Dieß ist das *iudicium publicum* rei privatae, welches Cicero [64]) als Strafe der Lex *Plaetoria* nennt. Und hierauf deutet auch gewiß die Stelle beym Plautus [65]) hin:

Ca. *Perii! an non tum Lex me perdit quinavicennaria?*
Metuunt credere omnes. Ba. *Eadem est mihi Lex,*
metuo credere.

Das Stipuliren, d. h. sich spondendo zu verpflichten, hatte die Lex Plaetoria den Minderjährigen

58) *In Bruto cap* 15.

59) Almeloveen Fasti Consular. Romanor. pag. 88.

60) *Pseudol. Act. I. Sc. III. v.* 69.

61) S. Hetzer Diss. cit. §. 7.

62) S. die *Tab. Heracleensis.* a. a. O. und Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 294. Z. 14 — 18.

63) *De Officiis III.* 15.

64) *De natura Deor. III.* 30.

65) Cit. loc. v. 69 et 70.

noch insonderheit verboten, wie Sueton bey Priscian[66]) referirt. Die Klage ward hier dem Stipulator so gut, wie dem Gläubiger versagt, welcher dem Minderjährigen baar Geld creditirt hatte[67]); in andern Fällen konnte die in integrum restitutio die Aufhebung des ganzen Geschäfts bewirken[68]). Sowohl dem Minderjährigen, um seines Kredits willen, als demjenigen, welcher sich mit ihm in ein Geschäft einlassen wollte, um seiner Sicherheit willen, war demnach daran gelegen, daß ihm ein Curator von der Obrigkeit gegeben werde[69]). Es mußte aber beym Antrage auf Bestellung vermöge der lex Plaetoria eine besondere Ursache angeführt werden, und denn scheint auch die Bestellung meist nur für einzelne Geschäfte erfolgt zu seyn[70]). Curator enim et ad certam causam dari potest. Z. B. zu einem Proceß[71]). Doch zuweilen auch bleibend für die ganze Zeit der Minderjährigkeit. Z. B. wenn der Vater seinen Kindern nach erreichter Minderjährigkeit einen Curator im Testament bestellt hatte, welchen jedoch die Obrigkeit bestätigen mußte[72]); oder wenn ein

66) Lib. VIII. pag. 288. (*Basil.* 1554. 8.) und pag. 794. edit. *Putsch*. Laetoria, *quae vetat minorem annis XXV. stipulari*, i. e. aliis spondendo se obligare. S. Hetzer cit. Diss. §. X. not. d.

67) Hetzer cit. Diss. §. IX et X.

68) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 297. S. 444.

69) S. Schweppe angef. Rechtsgesch. §. 432. S. 625.

70) Zimmern Gesch. des R. Privatr. 1. B. 2. Abth. §. 237. S. 891 f.

71) §. 2. *J. de Curator.*

72) *L.* 1. §. 3. *D. de confirm. tut. L.* 3. §. 5. *D. de administrat. tutor. et curator.*

Minderjähriger wegen ausschweifender Lebensart, oder wegen Blödsinns, und schwachen Verstandes sein Vermögen selbst zu verwalten nicht verstand. In solchen Fällen, wo die legitima curatio keine Anwendung fand, konnte einem Minderjährigen auf den Antrag der Verwandten ein Curator auch wider seinen Willen vom Prätor gegeben werden, und solche Fälle konnten allerdings schon vor der lex Laetoria vorgekommen seyn[73]. Allein das Verfahren des Prätors beruhte hier mehr auf der Praxis, als auf einer Lex[74]. Denn Wahnsinnige und Verschwender erhielten ganz ohne Rücksicht auf minor aetas Curatoren[75]. Die Nothwendigkeit der Angabe von Gründen, welche die Lex Plaetoria bey der Bestellung der Curatoren für Minderjährige vielleicht darum erforderte, weil die Curatel eine Last für Andere war, welche nicht ohne Noth aufgelegt werden sollte[76], ward jedoch nachher durch Marc Aurel aufgehoben, indem derselbe, wie sein Biograph[77] von ihm erzählt, verordnete, daß jeder Minderjährige sich einen Curator könne geben lassen, ohne daß es einer causae cognitio weiter bedürfe. Dieß ist die Geschichte der Lex Plaetoria in Verbindung mit der Constitution des K. Marcus, welche Julius Capitolinus in der bekannten, aber sehr verschieden erklärten Stelle folgendermaßen erzählt: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege* LAETORIA (Plaetoria) *vel propter* LASCIVIAM,

73) Zimmern Geschichte des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 237.

74) ULPIAN. *Fr. XII.* 3.

75) Zimmern a. a. O. S. 892.

76) Schweppe S. 626.

77) JULIUS CAPITOLINUS *in M. Antonino Cap.* 10. *in fin.*

vel propter DEMENTIAM, *darentur*, *ita statuit*, *ut* OMNES ADULTI *curatores acciperent* NON REDDITIS CAUSIS. Man hat diese Stelle auf dreyerley Art verstanden. Erstens so, daß Capitolin nicht blos von der cura minorum rede, von welcher die Constitution des Kr. Marcus gehandelt habe, sondern bey Gelegenheit derselben aller Arten der Curatel gedenke, die es vor Marc Aurel gegeben hat. Der Sinn sey nämlich der. Vor Antonin habe es drey Arten von Curatoren gegeben, 1) solche, die den Minderjährigen *ex lege Plaetoria* auf ihr Gesuch, jedoch immer mit motivirter Angabe einer besondern Ursache, 2) solche, die den prodigis, denen der Prätor die eigene Verwaltung ihrer Güter untersagt hat, *propter lasciviam*, und 3) solche, die den furiosis und mente captis *propter dementiam*, gegeben wurden. Dieses ältere Recht habe nun K. Marcus in so weit abgeändert, daß bey der cura minorum eine Angabe von Gründen nicht mehr nöthig seyn solle [78]. Zweytens so, daß die Lex Plaetoria Minderjährige, und zwar sowohl prodigi aller Art, als furiosi und überhaupt Blödsinnige, in den Fällen, wo die legitima cura keine Anwendung fand, einer dativa unterworfen habe, auch wider ihren Willen; nach der Constitution des K. Marcus aber den Minderjährigen, auch in Ermangelung solcher Gründe, auf ihr bloßes Verlangen Curatoren gegeben werden sollten [79]. Endlich drittens so, daß

78) An der Spitze dieser Parthey steht *Jo. Gottl.* HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 23. §. 8. seine Vertheidiger sind HETZER Diss. ad L. Laetoriam §. 8. Not. d. Schweppe a. a. O. §. 432. Not. 3. S. 625. Zimmern Gesch. des R. P. R. 1. B. §. 237. S. 891 f.

79) SEGER brevis curarum historia. §. 6 — 8. (*Opusc.* pag. 116 — 120.) und BREITSPRECHER Diss. de origine

die L. Plaetoria nur solchen Minderjährigen Curatoren zu geben verordnet habe, denen man entweder wegen schwachen Verstandes, oder wegen Leichtsinns und unordentlicher Wirthschaft ihr Vermögen nicht anvertrauen, oder in den Händen lassen konnte [80]. Die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten bleibt dem folgenden Bande vorbehalten.

curationis minor. atque progress. usq. ad tempp. Justin. §. XIV.

80) *Jac.* Oiselius *ad Gaji Institut. epitome* Lib. I. Tit. 8. Not. 6. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. antejust.* pag. 66.) *Franc.* Broeus, *Franc.* Hotoman, *Arn.* Vinnius. *Jan. a* Costa. *Ev.* Otto in Commentt. ad §. 2. J. de Curator. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* T. XII. §. 4. not. 7. (in *Jur. V. Antej.* pag. 606.) *Jo. Conr.* Crusius Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum XXV. annis. rec. *Lugd. Bat.* 1712. Cap. 2. (in Fellenberg *Jurispr. antiqu.* Tom. II. pag. 578. sq.) und *Lud. Jul. Frid.* Hoepfner Prog. de Lege Laetoria et cura minorum. *Gissae* 1778. 4.

Zusätze und Berichtigungen.

S. 273. ist zur Note 79. am Schlusse noch beyzufügen. Es ist daher auch die zur Bestärkung der Lesart: Si filio *impuberi* — aut *puberi* curatorem, von *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta Tit. XII. §. 1. pag. 64. versuchte Restitution mit Hülfe der Siglen, nämlich: *Si* $\underline{\text{fi}}$— *puberi* .... *aut* $\overline{\text{IT}}$ *puberi*, hoc est, *si filio impuberi* .... *aut item puberi* unnöthig. Wenn man aber auch die gemeine Lesart beybehalten will, so meint er, seyen doch auch die Beyspiele einer solchen Hysterologie nicht selten. z. B. bey Paulus *Sentent. Recept. Lib. III. Tit.* 1. §. *un.* Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 1. *Tit. XXII.* §. 14. Mehrere noch werde *Ger.* Noodt de pactis. Cap. 5 et 10. geben.

S. 282. in der Stelle des Modestinus *L.* 21. §. 5. *D. de tutor. et curat. datis* ist statt αζιωμα vielmehr ἀξίωμα zu lesen.

J. BUCHSTÄLLER.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 29,2

Erlangen (1827)

J.rom.c. 137-29,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565429-1
VD18 90225376